DIE
RECHTLICHE NATUR DER ERFÜLLUNG

INAUGURAL-DISSERTATION

DER

JURISTISCHEN FAKULTÄT DER LANDES-UNIVERSITÄT ZU ROSTOCK

ZUR

ERREICHUNG DER DOKTORWÜRDE

VORGELEGT VON

ERICH ALEXANDER

ACAD
LIBR
BRL

ROSTOCK
CARL HINSTORFFS BUCHDRUCKEREI
1902

Litteratur

1. Affolter: Zur Lehre vom Rechtsgeschäfte. 1888.
2. Berner: Verrechnung von Zahlungen, Göttinger Dissertation. 1892.
3. Brinz: Lehrbuch der Pandekten, 1873 ff. 2. Aufl.
4. G. Cohn: in Endemanns Handbuch des Handelsrechts, Bd. 3, S. 998 ff. 1881 ff.
5. Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 3. Aufl. 1900.
6. Czyhlarz: Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts, 4. Aufl. 1899.
7. Dernburg: Pandekten, 6. Aufl. 1900.
8. Dernburg: Das bürgerliche Recht. 1899 ff.
9. Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. 1902.
10. Fischer-Henle: Das bürgerliche Gesetzbuch Handausgabe mit Anmerkungen, 2. Aufl. 1898.
11. Gareis: Der allgemeine Teil des bürgerlichen Gesetzbuchs 1900.
12. Goldschmidt: in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 17, S. 667. 1872.
13. Gruchot: Die Lehre von der Zahlung der Geldschuld, 1871.

14. Heimbach sen.: „Solutio“ in Weiske's Rechtslexikon. Bd. 10. 1856.
15. Henrici: in Ihering's Jahrbüchern für Dogmatik, Bd. 14, S. 428 ff. 1875.
16. Henrici: in Ihering's Jahrbüchern, Bd. 32, S. 99 ff. 1893.
17. Hertz: Die Zahlung einer fremden Schuld Rostocker Dissertation. 1894.
18. v. Heyden-Linden: Auf welche von mehreren Forderungen ist eine vom Schuldner geleistete Zahlung, welche nicht zur Deckung aller Forderungen ausreicht, anzurechnen? Greifswalder Dissertation. 1895.
19. Hölder: Kommentar zum allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1900.
20. Jsay: in Ihering's Jahrbüchern, Bd. 44, S. 43 ff. 1902.
21. Kohler: in Ihering's Jahrbüchern, Bd. 17, S. 261 ff. 1879.
22 Liebknecht: Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung, 1899.
23. v. Liszt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 10. Aufl. 1900.
24. Matthiass: Lehrbuch des bürgerlichee Rechts, 2. Aufl. 1899.
25. F. Mommsen: Beiträge zum Obligationenrecht, Bd. 3: „Die Lehre von der mora.“ 1855.
26. Neisser: in Gruchot's Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 34, S. 275. 1890.

27. Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Das Recht der Schuldverhältnisse. 1899.
28. Ossig: Auf welche von mehreren Forderungen ist eine vom Schuldner geleistete Zahlung, welche nicht zur Deckung aller Forderungen ausreicht, anzurechnen? Greifswalder Dissertation. 1897.
29. Planck: Bürgerliches Gesetzbuch. 1901.
30. Regelsberger: in der Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Bd. 15, S. 159 ff. 1873.
31. Römer: in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 23, S. 1 ff. 1878.
32. Rosenberg: in Ihering's Jahrbüchern, Bd. 43: „Der Verzug des Gläubigers". 1901.
33. v. Savigny: System des heutigen römischen Rechts. 1840 ff.
34. Schanzenbach: Giebt es oder inwieweit giebt es in gegenseitigen Verträgen eine Pflicht zur Annahme der Gegenleistung? Erlanger Dissertation. 1898.
35. Schingnitz; Inwieweit ist zur Erfüllung einer Obligation eine Mitwirkung des Gläubigers erforderlich? Erlanger Dissertation. 1899.
36. Schollmeyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Das Recht der Schuldverhältnisse. 1900.
37. Stammler: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. 1897.
38. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1901.

39. Stölzel: Schulung für die civilistische Praxis. Bd. 2. 2. Aufl. 1898.
40. Struckmann: in Ihering's Jahrbüchern. Bd. 15, S. 251 ff. 1877.
41. Thon: Rechtsnorm und subjektives Recht. 1878.
42. Wendt: im Archiv für civilistische Praxis, Bd. 92, S. 1 ff. 1902.
43. Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. Bearbeitet von Kipp. 1900.
44. Zitelmann: Irrtum und Rechtsgeschäft. 1879.
45. Zitelmann: Das Rechtsgeschäft im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs bei Becker und Fischer, Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. No. 7 und 8. 1889.

Soweit die Zahl des benutzten Bandes in der Anmerkung nicht angegeben ist, ist der das Recht der Schuldverhältnisse enthaltende Band gemeint.

Disposition.

A. Einleitung: Terminologie — Wirkung — objektive Erfordernisse der Erfüllung. (§ 1.) S. 8—14.

B. Hauptteil:

I. Die bezüglich der rechtlichen Natur der Erfüllung bestehenden Theorien. (§ 2.) S. 15 bis 23.

II. Untersuchung:

1. Ist die Erfüllung Rechtsgeschäft, wenn zu ihr erforderlich ist:

a. eine positive Leistung

α. nicht realer Natur. (§ 3.) S. 23—32.

β. realer Natur. (§ 4.) S. 32—41.

b. eine Unterlassung? (§ 5.) S. 41—52.

2. Ist die Erfüllung als Rechtsgeschäft in gewissen Fällen

a. Vertrag? (§ 6.) S. 52—68.

b. einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft? (§ 7.) S. 68—70.)

§ 1.

Im § 241 definiert das BGB. das Schuldverhältnis als das Recht des Gläubigers, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern, die auch in einem Unterlassen bestehen kann. Die Bewirkung der geschuldeten Leistung an den Gläubiger ist nach § 362 die Erfüllung.

Das Gesetzbuch braucht den Ausdruck „Erfüllung" für die Bewirkung jeder geschuldeten Leistung, mag diese in der Uebereignung von Geld oder anderen Sachen, in der Leistung von Diensten oder in einem Unterlassen bestehen, während der Ausdruck „Zahlung" nur auf die Erfüllung von Geldschulden angewendet wird.[1])

Das römische Recht, das in dem berühmten pr. J. de obligationibus 3,13 die Obligation definiert als juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei, bezeichnet die Bewirkung des solvere, die Erfüllung, als solutio; tollitur autem omnis obligatio solutione ejus quod debetur, pr. J. quibus modis obl. toll. 3, 28. — solvere dicimus eum qui fecit, quod facere promisit. l. 176 D. de verb. signif. 50, 16.

---

1) Vgl. die bei Endemann a. a. O. S. 793 Anm. 1 citierten Paragraphen.

Dabei ist jedoch zu bemerken, dass solutio auch in einem weiteren und einem engeren Sinn gebraucht wird.

In der weiteren Bedeutung entspricht sie dem Erlöschen der Schuldverhältnisse im BGB. und ist identisch mit liberatio: solutionis verbum pertinet ad ommem liberationem quoquo modo factam. l. 54 D. de solut et liber. 46, 3.

Im engeren Sinn entspricht sie der Zahlung des BGB. magisque ad substantiam obligationis refertur quam ad nummorum solutionem. l. 54 D. h. t. 46, 3. In dieser Bedeutung wird sie auch von den gemeinrechlichen Praktikern gebraucht.[2])

Infolge dieser mehrfachen Bedeutung von solutio wurde im Verkehr[3]) und in der Rechtssprache[4]) auch bei anderen als Geldobligationen statt Erfüllung Zahlung gesagt. Durch diesen Sprachgebrauch wurden häufig in der Litteratur die für die Erfüllung einer Geldschuld (Zahlung) festgestellten Grundsätze ohne Weiteres auf jede Art der Erfüllung übertragen und gerade hierdurch ist deren rechtliche Natur mannigfachen Irrtümern ausgesetzt worden.[5])

Im alten jus civile erlosch die Obligation nicht durch Erfüllung, sondern es mnsste zu der materiellen

---

2) Gruchot a. a. O. S. 9.

3) Dernburg, Pandekten II, S. 152.

4) Windscheid a. a. O. II, 385.

5) So in neuester Zeit Rosenberg a. a. O. S. 168 uud dort citierte Corpusjurisstellen.

Befriedigung des Gläubigers ein Formalakt hinzutreten,[6]) „Die Befriedigung musste in feierlicher, die Umkehr des Begründungsaktes der Obligation darstellender Form zum Ausdruck kommen".[7]) Pro ut quidque contractum est, ita et solvi debet. l. 80 D. h. t. 46, 3. Durch contrarius actus erst wurde die Obligation getilgt: Durch die solutio per aes et libram erlosch das nexum, durch die acceptilatio die stipulatio u. s. f.[8])

Erst mit dem Eindringen des jus gentium ging durch die rein materielle solutio die Obligation unter, und so tilgt auch im Justinianeischen Recht die Erfüllung das Forderungsrecht direkt.[9])

Auch nach BGB. „erlischt" das Schuldverhältnis durch Erfüllung. § 362, Abs. 1.

Hiergegen wendet sich Stamler[10]), indem er ausführt, „dass dasjenige, was durch eine Leistung aus der Welt geschafft wird, nicht sowohl das Schuldverhältnis als solches ist, als vielmehr die einzelne ihm entspringende Forderung," denn neben einer Hauptleistung in einem Schuldverhältnisse „können aus diesem heraus Einzelansprüche entspringen, die ihrerseits jeweils durch besondere Leistungen getilgt sein wollen."

Diesen Ausführungen wäre beizupflichten, wenn das BGB das Wort „Schuldverhältnis" stets in ein-

6) Czyhlarz a. a. O. S. 236.
7) Schingnitz a. a. O. S. 2 Anm. *).
8) Vgl. Stammler a. a. O. S. 219, Anm. 2.
9) Windscheid a. a. O. II, S. 384.
10) A. a. O. S. 215 ff.

heitlichem Sinne als „die Gesamtheit der (z. B.) durch einen Mietvertrag zwischen dem Vermieter und dem Mieter begründeten obligatorischen Beziehungen“ [11]) gebrauchte.

Dies ist aber nicht der Fall. Vielmehr bedeutet Schuldverhältnis auch „den einzelnen Forderungsanspruch in seiner aktiven Bethätigung.“ [12]) „Jeder Anspruch, welcher aus einem Schuldverhältnis hervorgeht, z. B. der Anspruch auf Zahlung einer fälligen Zinsrate aus einem Mietsverhältnis, ist für sich wiederum ein Schuldverhältnis im Sinne des Gesetzes.“ [13]) Wenn das Gesetzbuch in den §§ 362 ff vom Erlöschen der Schuldverhältnisse spricht, so versteht es hierunter eben den einzelnen Anspruch.

Die Erfüllung ist einer der vier Erlöschungsgründe, die das BGB. im dritten Abschnitt des zweiten Buches behandelt. Hinterlegung, Aufrechnung und Erlass sind die drei anderen. Doch ist hiermit ihre Zahl nicht erschöpft.

Jedenfalls ist zu betonen, dass das Erlöschen der Schuldverhältnisse und ihre Erfüllung sich durchaus nicht decken, da zum Begriff der Obligation nicht ausschliesslich der Eintritt eines bestimmten Erfolges, sondern die Bewirkung eben dieses Erfolges durch den Schuldner oder gegebenen Falls einen anderen für ihn gehört.

---

11) Planck a. a. O. zu § 362 unter 1.
12) Endemann a. a. O. S. 574 Anm. 3.
13) Schollmeyer a. a. O. S. 276.

Doch kann diese Frage erst später eingehender behandelt werden, da sie mit der Untersuchung der subjektiven Erfordernisse der Erfüllung im engsten Zusammenhang steht, mit der ihrerseits wieder die nach deren rechtlicher Natur verbunden ist. An dieser Stelle sind nur die objektiven Erfordernisse der Erfüllung zu betrachten, d. h kurz zu untersuchen Gegenstand der Erfüllung, Erfüllungszeit und Erfüllungsort.

Zur Erfüllung ist nötig, dass die Leistung so bewirkt wird, wie sie geschuldet ist.

Der Gläubiger braucht statt der geschuldeten Leistung eine andere nicht anzunehmen: ..... alind pro alio invito creditori solvi non potest. l 2 § 1 D. de rebus creditis 12, 1, § 364 BGB.[14]) Nimmt er trotzdem eine andere an Erfüllungsstatt an, so giebt er sein Recht auf dieursprünglich geschuldete Leistung auf.

Juristisch charakterisiert diese datio in solutum sich als Realvertrag.[15]) Ebenso wie durch die Erfüllung geht das ursprüngliche Schuldverhältnis ipso jure unter; die Hingabe an Erfüllungsstatt ist aber nicht Erfüllung und fällt daher nicht in den Kreis dieser Betrachtung.

Zur Annahme von Teilleistungen ist der Gläubiger nicht verpflichtet (§ 266),[16]) es sei denn, dass sich aus dem Inhalte des Schuldverhältnisses oder der Natur der geschuldeten Leistung etwas anderes

14) Vgl. die bei Gruchot a. a. O. S. 68 Citierten.
15) Planck a a. O. II. S. 142.. Schollmeyer a. a. O. S. 280.
16) Gruchot a a. O. S. 112.

ergiebt. Ausnahmen bestehen z. B. für den Fall der Zahlung des Wechsels (WO. Art. 38), für den Fall eines Teilurteils CPO. §§ 301, 307) und für den einer Zwangsvollstreckung, die nur zur teilweisen Befriedigung führt.

Es muss ferner geleistet werden zur rechten Zeit und am rechten Ort. Nach BGB. können Zeit und Ort der Leistung derartig wesentlich sein, dass die an einem anderen Orte, als dem Erfüllungsort, oder zu einer anderen, als der bestimmten Zeit erfolgte Leistung überhaupt nicht mehr als geschuldete anzusehen ist, Erfüllung mithin nicht vorliegt. Auch wenn dies nicht der Fall ist, kann der Gläubiger die ihm am unrechten Orte oder zur unrechten Zeit angebotene Leistung ablehnen;[17]) nimmt er sie an, so kann ein Schadensersatzanspruch an den Schuldner entstehen.

Erfüllung ist also Bewirkung der Leistung so, wie sie geschuldet wird, zur rechten Zeit und am rechten Ort.

Die Frage nach der rechtlichen Natur der Erfüllung, nach ihrer juristischen Konstruktion, die bereits nach gemeinem Rechte streitig war, ist durch das BGB. nicht entschieden worden. Nach den Motiven[18]) sollte ihre Lösung der Wissenschaft überlassen bleiben.

Auch unter der Herrschaft des neuen Rechts ist es jedoch bisher zu keiner Einigung über diese

17) Vgl. Windscheid a. a. O. II. S. 391.
18) II, S. 81.

Kontroverse gekommen. Die im gemeinen Recht strittigen Punkte sind auch nach bürgerlichem Recht Gegenstand lebhafter Erörterung, da der Begriff der Erfüllung im bürgerlichen wie im gemeinen Recht wesentlich derselbe ist.

Meine Untersuchung wird von den Bestimmungen des BGB. ausgehen und das gemeine Recht unterstützungs- und vergleichsweise heranziehen. Nur insoweit aus Bestimmungen des römischen Rechts Einwürfe gegen die hier vertretenen Ansichten hergenommen werden könnten, wird das römische Recht Gegenstand besonderer Darstellung sein.

Das preussische Recht wird anmerkungsweise zum Vergleich erwähnt werden, soweit positive Vorschriften desselben auf die vorliegende Frage Bezug haben. Eine eingehende Behandlung desselben ist ausgeschlossen, da das ALR. in wesentlichen Vorschriften die Erfüllung anders regelt, als das gemeine Recht und das BGB, so dass ein Eingehen auf seine Bestimmungen eine getrennte Untersuchung notwendig machen und vielfach zu verschiedenen Ergebnissen führen würde.

Die Arbeit wird davon ausgehen, eine kurze Darstellung der in der Wissenschaft bezüglich der Erfüllung bestehenden Kontroversen zu geben, um so die Punkte, die besonders Gegenstand der Untersuchung zu sein haben, schärfer hervorzuheben.

§ 2.

Die Motive zum Recht der Schuldverhältnisse des BGB.[1]) präzisieren die Frage nach der rechtlichen Natur der Erfüllung dahin, „ob die Erfüllung (stets) ein Rechtsgeschäft bezw. ein Vertrag sei."

Im Anschluss an diese Einteilung lassen sich die Ansichten über unser Thema darnach gruppieren, ob sie der Erfüllung Vertragscharakter zusprechen oder nicht.

Savigny[2]) erklärt sich allgemein für die Vertragsnatur der Erfüllung, indem er bei der Lehre vom Vertrage einer zu begrenzten Anwendung desselben auf nur eine einzelne Art von Rechtsverhältnissen entgegentritt und „für den angegebenen Begriff die ausgedehnteste Anwendbarkeit in Anspruch nimmt." Wie zur Begründung der Obligationeh komme der Vertrag auch zu deren Auflösung vor.

Hierbei wurde übersehen, dass es zweifellos eine Reihe von Fällen giebt, in denen von einer Mitwirkung des Gläubigers bei der Erfüllung keine Rede sein kann, in denen er häufig sogar von deren Vornahme gar keine Kenntnis hat. Auf diese Fälle machte zuerst F. Mommsen[3]) aufmerksam. Um auch sie für Verträge erklären zu können, hätte man sich des Hülfsmittel der Fiction bedienen müssen, indem man eine Annahme des Erfüllungsvertrages

1) II, S. 81.

2) a. a. O. III. S. 312 ff.

3) a. a. O. S. 137: „Dahin gehören allgemein die lediglich auf eine Unterlassung gerichteten Obligationen, ausserdem aber auch manche Obligationen, welche auf ein Thun gerichtet sind."

seitens des Gläubigers fingierte. Da aber das Wesen der Fiction darin besteht, dass man einen zugestandenermasen nicht vorhandenen Umstand als wahr annimmt, ist sie zur Begründung einer Theorie nicht zu verwenden.[4])

Es wurden also diese Fälle ausgeschieden und erklärt, „dass die Erfüllung sich regelmässig in der Weise vollzieht, dass der Schuldner seine Leistung anbietet und der Gläubiger sie als die dem Schuldverhältnisse entsprechende Leistung annimmt. Soweit eine derartige Annahme erforderlich ist, enthält sie die Erklärung des Gläubigers, dass er die Leistung als Erfüllung anerkenne und durch sie befriedigt sei“[5]) Insofern also beruhe die Erfüllung auf dem Thatbestand einer vertragsmässigen Einigung.

Der rechtliche Charakter der Fälle, die nicht zu dieser zweifellos bei weitem häufigsten Gruppe gehören, wurde nicht in ebenso scharfer Weise betont.

Diese modifizierte Savigny'sche Vertragstheorie war gemeinrechtlich zweifellos herrschend.

Gruchot[6]) trat ihr zwar entschieden entgegen. Er nahm Anstand „die Zahlung — die vor allem zu der Art der Erfüllung gehört, für die der Vertragscharakter in Anspruch genommen wurde — „als einen (liberatorischen) Vertrag zu bezeichnen, so allgemein auch seit Savigny diese Auffassung in

4) Vgl. O. Bülov im Arch. f. civil. Prax. N. F. Bd. 38. S. 333 a. E. (citiert bei Stölzel a. a. O. S. IX).

5) So z. B. Endemann a. a. O. S. 795.

6) a. a. O S. 12.

der Theorie Geltung gewonnen hat.“ Er ist vielmehr der Ansicht, dass Zahlung nicht eine blosse Thatsache, sondern ein durch rechtliche Voraussetzungen bedingter, besondere Rechtswirkungen erzeugender Akt, mit einem Wort ein Rechtsgeschäft ist, und zwar ein zweiseitiges Rechtsgeschäft.[7])

Angesichts dieser Bestimmung ist allerdings kaum ersichtlich, wie sich Gruchot's Ansicht von der Vertragstheorie unterscheidet. Goldschmidt[8]) erklärt es für unvereinbar mit dem Vertragsbegriff, „dass die Zahlung zwar ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, aber kein Vertrag sei,“ und es ist Regelsberger[9]) nur beizupflichten, wenn er sagt: „angesichts der l. 1 § 2 D. de pactis 2,14 muss der Verfasser schon über sich ergehen lassen, unter die Anhänger der von ihm geschmähten Theorie vom künstlich geschaffenen Zahlungsvertrag gerechnet zu werden.“

Es gelang den Gruchot'schen Ausführungen also nicht, die herrschende Vertragstheorie zu erschüttern, die nicht nur, wie er meint,[10]) in der Theorie allgemein anerkannt war, sondern auch auf die Praxis der höchsten Gerichte massgebenden Einfluss ausübte.[11])

7) Auch S. 220 wird die Zahlung als „zweiseitiger Rechtsakt“ bezeichnet.

8) a. a O. S. 668.

9) a. a. O. S. 161.

10) a. a. O. S. 15.

11) ROHG. V. S. 155; XVIII S. 260; XXIII S. 143; vgl. die Entscheidung v. 2. April 1881 in d. Zeitschr. f. das gesamte HR. XXVII S. 550.

Aufs Neue bekämpfte Kohler anlässlich einer Arbeit über den Annahmeverzug [12]) die Lehre von der Vertragsnatur der Erfüllung auf's Entschiedenste. „Denn es ist eben unrichtig, wenn immer behauptet wird, dass die Erfüllung ein zweiseitiges, zwischen Schuldner und Gläubiger abgeschlossenes Rechtsgeschäft sei. Vielmehr ist die Erfüllung lediglich die Erzeugung eines bestimmt geeigenschafteten Effekts, ohne dass es weiter darauf ankommt, in welcher Weise und durch welche Mittel der entsprechende Effekt erzeugt wird." Vor allem wies er darauf hin, dass, selbst wenn „zur Erzeugung dieses Rechtseffekts zweiseitige Rechtsgeschäfte erforderlich" seien, darum die Erfüllung kein Vertrag zu sein braucht. Er schied also Erfüllung und Erfüllungsmittel.

Doch erst mit der Einführung des BGB. gewann diese Ansicht, die die Vertragsnatur leugnet, eine grössere Zahl von Anhängern, so Dernburg,[13]) Schollmeyer,[14]) Stammler[15]). Doch blieb auch jetzt die Vertragstheorie herrschend, die vertreten wird von Planck,[16]) Oertmann,[17]) besonders von Endemann,[18]) ferner von Matthiass,[19]) Staudinger,[20]) Fischer-Henle,[21]) während sie nach

12) a. a. O. S. 362.
13) BR II, S. 250. unter II.
14) a. a. O. S. 275.
15) a. a. O. S. 221.
16) a. a. O. S. 140.
17) a. a. O. S. 97 unter 5.
18) a. a. O. S. 795 und Anm. 8.
19) a. a. O. S. 374.
20) a. a. O. II S. 106.
21) a. a. O. zu § 365.

gemeinem Recht unterstützt wurde, ausser von den bereits Genannten von Windscheid,[22]) Römer,[23]) Stölzel,[24]) von G. Cohn,[25]) Henrici,[26]) Struckmann,[27]) Neisser,[28]) von Heyden-Linden,[29]) Ossig,[30]) Berner,[31]) Affolter,[32]) W. Hertz[33]) und anderen.

Keine Einigkeit besteht auch unter den Vertretern der herrschenden Meinung bezüglich der Fälle, in denen das Schuldverhältnis durch eine einseitige Handlung des Schuldners erfüllt werden kann und die praktisch naturgemäss weit weniger häufig sind als die, in denen es einer Mitwirkung des Gläubigers bedarf. „Denn es ist eben das Vermögen des Einzelnen in der Regel gegen Dritte abgeschlossen, so dass der direkte rechtliche Effekt naturgemäss meistens nur mit und durch die Hand des Besitzers erreicht zu werden vermag.“ [34]) Während einzelne Schriftsteller für alle Fälle die rechtsgeschäftliche Natur der Erfüllung behaupten,[35])

22) a. a. O. S. 385 Anm. 3a, S. 399 Anm. 2b.
23) a. a. O. S. 1 ff.
24) a. a. O. S. 156: „Das zweiseitige Rechtsgeschäft der Zahlung.“
25) a. a. O. S. 1000.
26) a. a. O. S. 430.
27) a. a. O. S. 253.
28) a. a. O. S. 278.
29) a. a. O. S. 22.
30) a. a. O. § 1.
31) a. a. O. S. 11.
32) a. a. O. S. 6 ff. insbesondere S. 19.
33) a. a. O. S. 5.
34) Schanzenbach, a. a. O. S. 7.
35) Z. B. Matthiass a. a. O. 374.

nehmen andere dann, wenn das Schuldverhältnis durch eine thatsächliche Leistung erfüllt wird, an, dass auch die Erfüllung als solche kein Rechtsgeschäft sei. So sagt z. B. Oertmann:[35]) „Nun ist nicht jede Erfüllungshandlung ein Rechtsgeschäft, zu dem persönliche Voraussetzungen nötig wären, sondern nur diejenige, die eine Disposition über Rechtsgüter enthält. Also nicht die Vornahme einer realen Handlung, z. B. Erteilung von Unterricht, Ausführung einer Besorgung, wohl aber Uebertragung von Sachen, Versprechen, Erlass. Für erstere Klasse wird eine besondere persönliche Fähigkeit nicht verlangt werden können.“ [37])

Im Grossen und Ganzen bewegen sich also die Ansichten über den juristischen Charakter der Erfüllung auf folgendem Boden:

Grundsätzlich wird ziemlich allgemein ihre rechtsgeschäftliche Natur anerkannt, es werden also zur Vornahme der Erfüllung auf Seiten des Leistenden gewisse persönliche Voraussetzungen verlangt.

Für gewisse Arten der Erfüllung aber, vor allem, wenn sie in der Vornahme rein thatsächlicher Leistungen besteht, wird von mancher Seite der rechtsgeschäftliche Charakter bestritten und das Schwergewicht auf die Herstellung des Erfolgers gelegt.

36) a. a. O. S. 97 unter 4a.

37) Ebenso Dernburg, BR. II. S. 256; Schollmeyer a. a. O. S. 277.

Die wichtigste Art der Erfüllung endlich wird von der herrschenden Lehre als Vertrag charakterisiert, d. h. es wird ein übereinstimmender Wille von Leistungsgeber und Leistungsempfänger über den Zweck der Leistung verlangt. So ist nach Römer[38]) „Erfüllung die Leistung des geschuldeten Gegenstandes von Seiten des Schuldners (oder eines Dritten für ihn) mit der (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Erklärung des Willens, dass diese konkrete Obligation getilgt sein solle, und die Entgegennahme der Leistung von Seiten des Gläubigers (oder eines Stellvertreters desselben) mit der (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Erklärung seiner Übereinstimmung mit der von dem Leistenden gegebenen Willenserklärung."

Nicht besonders behandelt ist der praktisch verhältnismässig seltene Fall, in dem zur Erfüllung nicht eine positive Leistung des Schuldners, sondern eine Unterlassung gehört.

Dass übrigens die Frage nach der rechtlichen Natur der Erfüllung auch praktisch bedeutsam werden, mithin auch durch ein Bedürfnis der Verkehrssicherheit geboten sein kann,[39]) beweist z. B. für die Frage nach dem Vertragscharakter der von Planck[40]) angeführte Fall: „Der Schuldner übersendet dem Gläubiger einen seiner Schuld entsprechenden Geldbetrag durch Postanweisung

38) a. a. O. S. 1.
39) Abweichend die Motive II, S. 81.
40) a. a. O., II S. 140 unter c.

Auf dieser ist . . . . . nicht der Zweck der Sendung vermerkt. In einem daneben an den Gläubiger abgesandten Briefe erklärt der Schuldner dem Gläubiger, dass die Übersendung des Geldes zum Zwecke der Zahlung der betreffenden Schuld erfolge.

Der Brief geht dem Gläubiger zu (§ 130), kommt aber . . . . . nicht zu dessen Kenntnis. Der Gläubiger . . . . . glaubt, dass ihm das gesandte Geld geschenkt werden soll, und nimmt es als schenkweise gezahlt an . . . . . Je nachdem man das Einverständnis des Gläubigers mit der von dem Schuldner durch den Vertrag bezweckten Erfüllung verlangt oder nicht, sind die Folgen verschieden. Nimmt man das erstere an, so ist die Schuld nicht getilgt, und der Gläubiger ist verpflichtet, das empfangene Geld nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben (§§ 812 ff.). Die bestehen gebliebene Forderung und die Forderung des Schuldners auf Herausgabe des gezahlten Geldes können dann zwar gegen einander aufgerechnet werden, und jeder Teil ist zu dieser Aufrechnung berechtigt.

Ob die erstere Forderung durch die Aufrechnung aber vollständig getilgt wird, hängt, da die Verpflichtung des Gläubigers zur Rückzahlung insoweit ausgeschlossen wird, als er nicht mehr bereichert ist (§ 818 Abs. 3), davon ab, ob die Bereicherung noch besteht oder nicht. Überdem laufen, wenn die Schuld eine verzinsliche war, die

Zinsen bis zur Aufrechnung weiter.[41]) Ist dagegen das Einverständnis des Gläubigers mit dem Zwecke der Erfüllung nicht erforderlich, so ist in dem gedachten Falle die Schuld durch die Zahlung getilgt."

§ 3.

Die Frage, ob die Erfüllung Rechtsgeschäft ist oder nicht, soll bei den Schuldverhältnissen, die ein Thun, eine positive Leistung des Schuldners zum Gegenstand haben, und bei denen, kraft deren der Gläubiger eine Unterlassung verlangen kann, besonders untersucht werden.

Unter den Schuldverhältnissen, die auf eine positive Leistung gehen und die kurz als positive bezeichnet werden sollen, sollen diejenigen ausgeschieden werden, die als Erfüllung eine reale Handlang des Schuldners verlangen, da für sie vielfach das Vorhandensein abweichender Grundsätze behauptet wird.

Sieht man nämlich in der Erfüllung ein Rechtsgeschäft,[1]) so muss man nötwendigerweise zu ihrer

41) Diese Konsequenz ist nicht richtig. Nach § 389 BGB. wird die Aufrechnung auf den Augenblick zurückdatiert, in dem die Forderungen aufrechenbar einander gegenüber treten. Insoweit hört auch der Zinsenlauf auf.

1) Rechtsgeschäft im Sinne dieser Untersuchung ist im Einklang mit der herrschenden gemeinrechtlichen Doktrin (Windscheid a. a O. I, S. 246 ff. und der des BGB. (vgl. Motive I, S. 126) eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erbfolgers, unabhängig davon, ob die

Vornahme auch die persönlichen Voraussetzungen des Rechtsgeschäfts, also volle Geschäftsfähigkeit, verlangen.

Diese ist an sich schon erforderlich zur Vornahme aller Handlungen, die selbst rechtsgeschäftlichen Charakter haben, nicht aber zur Vornahme realer Handlungen. Während man also für die Erfüllung, soweit sie in einer rechtsgeschäftlichen Handlung besteht, die rechtsgeschäftliche Natur und besondere Voraussetzungen zu ihrer Vornahme behauptet, leugnet man sie für jene ab und erklärt, dass hier auch ein Geschäftsunfähiger erfüllen könne.

Um zu sehen, ob für diese Fälle eine besondere Natur der Erfüllung gegeben ist, sollen sie gesondert betrachtet werden, nachdem zunächst allgemein der Charakter der Erfüllung bei positiven Leistungen untersucht ist.

Die Motive sehen, trotzdem der Streit über die rechtliche Natur der Erfüllung nach ihnen der Wissenschaft überlassen bleiben soll,[2]) — und ebenso ein Teil der Litteratur — ein bedeutsames Moment für deren Beurteilung darin, „dass die Leistung an sich in verschiedenen Vorschriften anderen Akten von zweifellos rechtsgeschäftlichem Charakter gleich-

Erklärung allein oder in Verbindung mit anderen Thatsachen erfolgt, sodass also das jenseits der Rechtsgeschäfte liegende Moment für die Zwecke der Untersuchung ausscheidet.

Windscheid a. a. O. I, S. 266, Dernburg, Pand. I, S. 211, Jsay a. a. O. S. 43).

2) II. S. 81.

gestellt ist.“ Als Beweis hierfür werden die §§ 304, 305, 838, 2077 des ersten Entwurfs zitiert, die den §§ 407, 408, 893, 2367 des BGB. entsprechen und in denen es heisst: „. . . . . wenn der Schuldner an den Dritten leistet, oder wenn zwischen dem Schuldner und dem Dritten ein Rechtsgeschäft vorgenommen . . . . . wird (§ 408), „. . . . . wenn . . . . . eine Leistung bewirkt oder ein . . . . . Rechtsgeschäft vorgenommen wird (§§ 893, 2367), in denen die Rede ist von „einer Leistung . . . . . sowie jedem Rechtsgeschäft“ (§ 407). Ferner wird die Leistung zum Zweck der Erfüllung im § 362 Abs. 2 der rechtsgeschäftlichen Verfügung gleichgestellt und im § 193 der Willenserklärung. Die Motive scheinen aus dieser Gleichstellung zu folgern, dass sich aus ihr wesentliche Schlüsse auf den rechtsgeschäftlichen Charakter der Erfüllung ziehen lassen. „Das kann sein, es kann auch nicht sein,“ bemerkt Zitelmann mit Recht anlässlich eines ähnlichen Falles.[3])

Denn der Einwand liegt nahe: es bedarf keiner Gleichstellung von Rechtsgeschäft und Erfüllung, wenn diese wirklich Rechtsgeschäft ist. Gerade daraus, dass diese Gleichstellung vom Gesetzgeber erst für nötig erachtet wird, geht hervor, dass sie es nicht ist: man wird kaum behaupten können, dass eine dieser Auffassungen mehr für sich hat als die andere.

---

3) Die Rechtsgeschäfte u. s. w. S. 20.

Unzweideutig aber scheint § 181 zu sein, wenn es heisst: „Ein Vertreter kann . . . . . im Namen des Vertretenen mit sich . . . . . ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn, dass das Rechtsgeschäft ausschliesslich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht.“ Und in der That sind hieraus auch weitgehende Folgerungen gezogen worden. Soll doch hieraus selbst hervorgehen, dass das BGB. in gewissen Fällen einen Erfüllungsvertrag annimmt.

M. E. sind aber derartige gesetzliche Bestimmungen für die Zwecke dieser Untersuchung ebensowenig unbedingt massgebend wie in der Litteratur gemachte Konstruktionsversuche.

Denn es ist nicht die Aufgabe eines positiven Gesetzes, sich auf juristische Konstruktionen einzulassen. Thut es dies aber doch, so müsste es „in dieser Hinsicht ganz der nämlichen freien Kritik unterliegen, wie sie bei einer rein doktrinellen Konstruktion stattzufinden hat.“[4]

Die Untersuchung ist also durch derartige Bestimmungen, die einen „unverbindlichen Gesetzesinhalt“ [5]) darstellen, in keiner Weise gebunden.

Die Frage, ob in der Erfüllung grundsätzlich ein Rechtsgeschäft zu sehen ist, hat von anderen Erwägungen auszugehen.

Daran kann kein Zweifel bestehen, dass in der Bewirkung einer Leistung, gleichgiltig worin

4) Harrmann a. a. O. S. 50.
5) Zitelmann a. a. O. S. 20.

diese besteht und zu welchem Zwecke sie erfolgt, eine Handlung zu sehen ist, aus welcher auf das Vorhandensein eines bestimmt gearteteten Willens auf Seiten der handelnden Person zu folgern ist,[6] dass mithin eine Willensbethätigung, eine Willenserklärung vorliegt.

Damit diese zum Rechtsgeschäft wird, muss sie zu einem bestimmten Zwecke vorgenommen sein, nämlich zur Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, bei der Erfüllung also zum Zwecke der Aufhebung eines Rechts.

Es fragt sich mithin, ob bei der Bewirkung der Leistung der Leistende die Erfüllungsabsicht, den animus solvendi haben muss.

Nach römischem Recht kann dies nicht zweifelhaft sein. Wird doch in der l. 55 D. h. t. 46,3 ausdrücklich ausgesprochen: qui sic solvit, ut reciperet, non liberatur.

Dementsprechend wird auch im gemeinen Recht stets der auf Schuldtilgung gerichtete Wille des Schuldners verlangt, und zwar aus Gründen, die sich vor allem auf das Wesen und den Zweck der Erfüllung stützen. So heisst es in einer Entscheidung des dritten Senats des Reichshandelsgerichts vom 18. Oktober 1875.[7] . . . .

„Das Geld kann geleistet, die Zahlung erfolgt sein darlehnshalber, schenkungshalber, vergleichshalber, behufs Tilgung einer dem Empfänger

6) Vgl. Cosack a. a. O. I S. 149.
7) ROHG. XVIII S. 260.

zustehenden Forderung, behufs der Bestellung eines Heiratsgutes u. s. w. Also muss derjenige, welcher die Tilgung einer auf Geld gerichteten Forderung durch Leistung des betreffenden Geldbetrages behaupten will, geltendmachen entweder, dass die Leistung geschehen sei mit der Erklärung, sie erfolge behufs Tilgung der Forderung des Empfängers, oder dass die konkreten Umstände diesen Zweck der Leistung ergeben haben; die blosse Behauptung, es sei dem Gläubiger eine bestimmte Summe Geldes geleistet worden, ist keine geeignete Substantiirung der Einrede der Tilgung durch Zahlung."

Entsprechendes hat für das BGB. zu gelten, das sich nicht ausdrücklich über das Erfordernis des animus solvendi ausspricht. Vielfach wird mit Schollmeyer[8] angenommen, dass aus den Worten des § 362, „dass die geschuldete Leistung bewirkt wird" sein Vorhandensein folgt. Die geschuldete Leistung wird nur bewirkt, wenn sie als geschuldete angenommen wird. Übereignet A. dem B. zehn Mark donandi causa, während er ihm dieselbe Summe schuldet, so hat er ihm eben nicht die „geschuldete Leistung" verschafft. Auch § 363 liesse sich als Beweis hierfür anführen, wenn er von der „ihm als Erfüllung angebotenen Leistung" spricht.

Das Erfordernis, dass „die Leistung zu dem erklärten oder aus den Umständen erhellenden Zwecke erfolgen muss, die Verbindlichkeit zu

8) a. a. O. S. 277.

erfüllen,[9] ergiebt sich m. E. jedoch nicht sowohl aus dieser Wortinterpretation, als aus „der Natur der Sache“,[10] aus dem Wesen der Erfüllung. Denn ohne diese Absicht „fehlt es an der notwendigen Beziehung der Handlung des Schuldners zu der Obligation und deren Inhalt.“[11]

Die Erfüllung soll dem Gläubiger nicht nur verschaffen, was er auf Grund des Schuldverhältnisses zu fordern hat; sie soll es ihm auch dauernd verschaffen und für die Zukunft möglichst jedes Zurückgehen der Parteien auf das erfüllte Schuldverhältnis ausschliessen.

„Zahlung macht Friede“ sagt ein deutsches Rechtssprichwort,[12] d. h. die Erfüllung „bezweckt definitive Abwicklung der Rechtsbeziehungen, die sich aus der zu tilgenden Obligation ergeben.“ Sie beraubt den Schuldner „der Möglichkeit, den Bestand der getilgten Schuld nach blosser Willkür auch weiterhin in Frage zu ziehen.“[13]

Ob der Erfüllung und speziell der Zahlung begrifflich die deklaratorische Anerkennung der Schuld notwendig ist[14] oder nicht,[15] kommt nicht in

9) Planck a. a. O. S. 130 unter 2b.

10) Dernburg, BR. II, 1 S. 250 unter 2.

11) Heimbach sen. a. a. O. S. 380.

12) Graf und Dienstherr, deutsche Rechtssprichw. No. 82 (citiert bei Liebknecht a. a. O. S. 64 Anm 3.)

13) Neisser a. a. O. S. 275.

14) Z. B. Dernburg, BR. II, 1 S. 251 unter IV; Liebknecht a. a. O. S. 64; Oertmann a. a. O. S. 98.

15) Stölzel a. a. O. S. 154 ff.

Betracht. Sicher ist, dass, wer zahlt, also eine Geldschuld zu erfüllen gedenkt, nach römischem Recht nur zurückfordern kann, wenn er ausser dem Beweise seiner Nichtschuld entschuldbaren Irrtum auf seiner Seite beweist. Gerade hierin liegt der Unterschied von der condictio ob causam und sine causa. Es muss also bei der Vermögensverschiebung noch ein Moment hinzukommen, das dort nicht vorhanden ist, und das ist hier die auf Zahlung gerichtetete Absicht des Leistenden. Nach §§ 812 ff. BGB. ist zwar der Irrtum nicht mehr besondere Voraussetzung der Rückforderung eines indebitum, aber es kann der Leistungsempfänger nach § 814 geltend machen, dass der Leistende gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war. Auch hier also entscheidet die condictio indebiti sich von den sonstigen Ansprüchen wegen ungerechtfertigter Bereicherung.

Es muss also auch hier ein besonderes Moment als Voraussetzung gefordert werden, und das liegt in der Leistung „zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit", in der auf Schuldtilgung gerichteten Absicht.

Diese bleibt aber nicht auf die Zahlung beschränkt, sondern auch Übereignung von anderen Fungibilien, Leistung von Diensten, Übernahme von Verpflichtungen gehören hierher.[16])

Eine Leistung, die nicht zum Zwecke der Erfüllung, sondern z. B. donandi causa geschieht, ist

16) Dernburg, Pand. II, S. 379 unter 1 u. Anm. 4 u. 5.

keine Erfüllung, auch wenn gegebenen Falls das Schuldverhältnis erlischt. Der Gläubiger, der die Eigentumsübertragung einer bestimmten Sache zu fordern hat, erhält dieselbe schenkweise. Zum zweiten Mal kann ihm dieselbe nicht übertragen werden. „Das Erlöschen des Schuldverhältnisses tritt in solchem Falle aber nicht in Folge der Erfüllung, sondern in Folge eingetretener Unmöglichkeit der Erfüllung ein (§ 275); die Folgen sind dementsprechend, insbesondere bei gegenseitigen Verträgen (§ 323) wesentlich verschieden.“ [17]) „Die praktische Bedeutung des hier fraglichen Erfordernisses tritt insbesondere dann hervor, wenn die Leistung nicht durch den Schuldner, sondern durch den Dritten erfolgt.“ Auch zeigt gerade die — nach römischen Recht noch in weiterem Umfange als heute — zulässige Erfüllung durch einen Dritten die Notwendigkeit der auf Zahlung gerichteten Absicht.

Nach § 267 kann die Leistung in allen Fällen, in denen sie nicht ihrer Natur nach — wofür mitunter gesetzliche Vermutungen bestehen, so im Falle der §§ 613, 664 — durch den Schuldner persönlich bewirkt werden muss, auch durch einen Anderen als den Schuldner erfolgen.

Gemeinrechtlich lässt sich auch hier das Erfordernis der Absicht, eine Schuld zu tilgen, und zwar für einen Anderen aus den Quellen herleiten. So heisst es in der l. 31 pr. D. de her. pet 5,3:

17) Planck a. a. O. S. 139 unter b.

Nam quod quis suo nomine solvit, non debitoris, debitorem non liberat.[18]) Auch hier stellt das BGB. das Erfordernis nicht ausdrücklich auf. Allein darüber, dass es hier unbedingt erforderlich ist, besteht kein Zweifel. Denn es kann der Dritte die Leistung bewirken, um die Forderung zu kaufen, um der Gefahr zu begegnen, durch die einem ihm gehörigen Gegenstande drohende Zwangsvollstreckung ein Recht an ihm zu verlieren (§ 268) oder aus einem sonstigen Grunde. Hier die Erfüllungsabsicht leugnen, würde zu unglaublichen Konsequenzen führen.

Ist aber stets die auf Schuldtilgung, auf Erfüllung gerichtete Absicht des Leistenden erforderlich, so ist die Erfüllung als Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung, ein Rechtsgeschäft, zu ihrer Vornahme sind mithin grundsätzlich die zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts gehörigen Voraussetzungen erforderlich, d. h. Geschäftsfähigkeit. Entsprechend heisst es im römischen Recht: Pupillum sine tutoris auctoritate nec solvere posse palam est. l. 14 § 8 D. h. t. 46,3.

§ 4.

Von einigen Schriftstellern wird die Geschäftsfähigkeit zur Erfüllung jedoch nur insoweit verlangt, als die Erfüllung nicht durch reale Handlungen

18) Vgl. die bei Windscheid a. a. O. II. S. 392. Anm. 22. citierten.

zu erfolgen hat.[1]) So verlangt Dernburg zwar stets „die auf Schuldtilgung gerichtete Absicht des Erfüllenden“,[2]) erklärt aber trotzdem: „Handelt es sich um bloss persönliches Thun, so kann auch der geschäftsunfähige Schuldner rechtsgiltig erfüllen.“.[3]) Am schärfsten spricht dies Hartmann[4]) aus, wie ihm ja überhaupt die solutio nicht als „positiv abgegrenztes Rechtsinstitut mit eigentümlich fixierten Rechtssätzen“ zu denken ist.[5])

Es ist zuzugeben, dass sich häufig Fälle finden, in denen ein nicht Geschäftsfähiger eine thatsächliche Leistung vornimmt und damit ein Schuldverhältnis erfüllt. Es wäre verfehlt, in diesen Fällen nur von einem Erlöschen der Obligation zu sprechen, ihre Erfüllung etwa zu leugnen.

M. E. ist bei der Leistung persönlicher Dienste, überhaupt bei der Vornahme realer Handlungen zu unterscheiden, ob die betreffende Handlung von einem beschränkt Geschäftsfähigen (§§ 106, 114, 115) oder von einem Geschäftsunfähigen (§ 104, 105 Abs. 2) vorgenommen ist. Je nachdem dies

1) Oertmann a. a. O. S. 97 unter 4a.

2) Dernburg BR. S. 250 unter 2. Nach Dernburg ist auch § 813 Abs. 2 auf den Fall der Erfüllung durch einen geschäftsfähigen Schuldner zu beschränken. M. E. ist hier von einer Beschränkung keine Rede. Der Geschäftsunfähige kann eben überhaupt nicht, der beschränkt Geschäftsfähige regelmässig nicht erfüllen. Dass § 812 Abs. 1 bei Leistung durch einen Minderjährigen nicht durchgreift, liegt daran, weil ihm eine exceptio doli aus § 226 entgegensteht.

3) a. a. O. S. 256 unter VIII

4) a. a. O. S. 33.

5) a. a. O. S. 65.

der Fall ist, werden wir zu einem verschiedenen Resultat gelangen.

Es ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der beschränkt Geschäftsfähige nicht selbständig erfüllen kann, da er „zu einer Willenserklärung, durch die er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters bedarf (§ 107).[6]) Durch die Erfüllung, auch wenn sie in der Vornahme realer Handlungen besteht, erlangt der beschränkt Geschäftsfähige nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil. Er entäussert sich eines Vermögenswerts, der Leistung, bedürfte also hiernach der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters.

Trotzdem ist nicht daran zu zweifeln, dass auch der beschränkt Geschäftsfähige erfüllen kann, soweit es sich um die Vornahme realer Handlungen handelt, auch abgesehen von den Fällen der §§ 112, 113. Ein minderjähriger Student erteilt z. B. in einer auswärtigen Universitätsstadt ohne Wissen und Willen, ja gegen den ausdrücklichen Wunsch seines gesetzlichen Vertreters Unterricht. Hier ist der Vertrag nicht nur erloschen, sondern auch erfüllt.

Es würde zu einem einseitigen Formalismus führen, wollte man etwa nur eine Bereicherungsklage geben.

---

6) Anders hiess es im ersten Entwurf § 65 Abs. 2: Er ist fähig zur Vornahme von Rechtsgeschäften, durch welche er lediglich Rechte erwirbt oder lediglich von Verbindlichkeiten befreit wird. Vgl. § 66 Abs. 2 E. I. Vgl ALR. I, 66 §§ 40—42, §§ 116 ff.

Wie ist diese Möglichkeit der Erfüllung seitens eines Minderjährigen in Einklang zu bringen mit der Bestimmung des § 107?

Die Lösung hierfür giebt § 110: „Ein von dem Minderjährigen ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters geschlossener Vertrag gilt als von Anfang an wirksam, wenn der Minderjährige die vertragsmässige Leistung mit Mitteln bewirkt, die ihm zu diesem Zwecke oder zur freien Verfügung von dem Vertreter oder mit dessen Zustimmung von einem Dritten überlassen sind." Ein derartiger Vertrag gilt, wie das Gesetzbuch sich ausdrückt, wenn die Leistung bewirkt ist, „als von Anfang an wirksam", d. h. er wird so behandelt, als wenn er von einem unbeschränkt Geschäftsfähigen geschlossen wäre, er wird also durch die Bewirkung der geschuldeten Leistung erfüllt. Kraft positiver Bestimmung des Gesetzes kann also ein beschränkt Geschäftsfähiger einen Vertrag in Fällen erfüllen, in denen die Erfüllung unbestritten Rechtsgeschäft ist, z. B. wenn es sich um Zahlung einer Geldschuld handelt, mithin selbständig ein Rechtsgeschäft vornehmen.

Dasselbe hat zu gelten, wenn ein Minderjähriger oder überhaupt ein in der Geschäftsfähigkeit Beschränkter einen Vertrag durch die Bewirkung einer Leistung erfüllt, deren Vornahme ihm durch Naturgesetz ermöglicht ist.

„Die Verpflichtung zu einer Dienst- oder Arbeitsleistung ist durch deren Vollziehung unabhängig davon erfüllt, ob der gesetzliche Vertreter diese

gestattet hat oder nicht. Ihre Erfüllung fällt nicht unter den Text des Gesetzes. Was aber gilt von der durch den Willen des gesetzlichen Vertreters dem Minderjährigen ermöglichten Erfüllung, das gilt ebenso von der diesem unabhängig von der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters möglichen Erfüllung, dass sie als Erfüllung einer rechtsgiltigen Verpflichtung gilt und daher für den Minderjährigen die Forderung der Gegenleistung ebenso begründet, wie wenn der Vertrag von vornherein bestanden hätte. Wäre vom BGB. wie vom gemeinen Recht die Gültigkeit des teils zu Gunsten, teils zu Ungunsten des Minderjährigen gereichenden Rechtsgeschäfts als einer partiellen zwar zu seinen Gunsten platzgreifenden bestimmt worden, so würde sich von selbst verstehen, dass die Erfüllung der von ihm übernommenen Leistung die Forderung der Gegenleistung begründet, was dagegen das BGB. ausdrücklich nur bestimmt bezüglich pekuniärer und nicht bezüglich persönlicher Leistungen. Was aber für jene gilt, muss auch für diese gelten, für die zugleich wegfällt das Erforderniss der Erfüllung durch Mittel, über die der Minderjährige verfügen kann; denn ohne solche Mittel ist ihm die Vollziehung pekuniärer Leistungen im Gegensatz zur Vollziehung anderer Leistungen nicht möglich.“ [7]) Die Möglichkeit der Erfüllung für den beschränkt Geschäftsfähigen ist unter den Voraussetzungen des § 110 aber nicht dahin zu beschränken, dass es sich

7) Hölder, a. a. O. S. 244 zu § 110.

um die Erfüllung von durch ihn geschlossenen Verträgen handeln muss Es kann der minderjährige Student für seinen Freund eine Rechnung bezahlen, eine Schuld erfüllen, wenn sein Taschengeld ihn dazu in Stand setzt. Auch zur Erfüllung nach Massgabe des § 267, Abs. 1 muss man unter den Voraussetzungen des § 110 den beschränkt Geschäftsfähigen für fähig erklären, mithin nach den vorangehenden Ausführungen auch dann, wenn die Erfüllung in der Leistung realer Handlungen besteht.

Kann auch der Geschäftsunfähige erfüllen? Hier dürfte hauptsächlich der Fall in Betracht kommen dass der Erfolg, der durch einen mit einer dritten Person geschlossenen Vertrag eintreten sollte, durch eine thatsächliche Leistung des Geschäftsunfähigen erreicht wird.

Von vornherein soll zugegeben werden, dass der bezweckte wirtschaftliche Erfolg in diesen Fällen meistens in vollkommen befriedigender Weise erreicht werden wird.

Der Eintritt des Erfolges ist aber nicht der einzige Zweck der Obligation.[8]) Ebensowenig wie man von Erfüllung dann spricht, wenn das abzureissende Haus durch einen Erdrutsch verschwunden ist, was sich praktisch vor allem darin zeigt, dass der Abbruchs-Unternehmer sicher keinen Anspruch auf den vereinbarten Lohn hat, ebensowenig ist in unseren Fällen von einer Erfüllung die Rede, wenn praktisch

8) Jhering i. d. Jahrb. f. D. 10. 416 cit. b. Hartmann S. 51 Anm. 26.

auch die Sache häufig mit dem Eintritt des Erfolges erledigt ist.

A. giebt z. B. dem B. den Auftrag, für ihn einen Brief in den Kasten zu werfen und macht ihn gemäss § 254, Abs. 2, darauf aufmerksam, dass eine verspätete Bestellung ihm einen nachweisbaren Verlust von 1000 Mark bringen würde. B. nimmt den Auftrag an, lässt aber den Brief liegen. Der geisteskranke C. sieht den Brief und wirft ihn in den Kasten, so dass dem A. ein Schaden nicht entsteht.[9]) Das Schuldverhältnis zwischen A. und B. ist wegen Unmöglichkeit der Leistung erloschen, Schadensersatzansprüche kann A. gegen B. nicht geltend machen, da ihm ein Schaden nicht erwachsen ist. Trotzdem ist das Schuldverhältnis nicht erfüllt. Denn es fehlte dem C. der animus solvendi, er warf den Brief in den Kasten nicht, um ein Schuldverhältnis zu erfüllen (den hierzu erforderlichen rechtsgeschäftlichen Willen kann er nicht haben), sondern weil er wusste, dass Briefe in den Kasten geworfen werden und annahm, dass dies im gegebenen Fall vergessen war. Praktisch bedeutungsvoll wird dies, wenn wir in unserem Falle statt des unentgeltlichen Auftrags einen entgeltlichen Werkvertrag annehmen.

Wollte man hier wirklich von Erfüllung reden, so müsste man den B. bei der Herstellung des Erfolges durch C. die vereinbarte oder nach § 632 zu entrichtende Vergütung zusprechen.

9) Abgesehen wird von der Bestimmung im § 664.

Für die praktische Anwendung kommt noch Folgendes in Betracht: Der Geschäftsunfähige kann kein Geschäft abschliessen, vielmehr muss event. der Gewalthaber statt seiner handeln. Es wird sich bei seinen „Handlungen" also regelmässig um die „Erfüllung" fremder Schuldverhältnisse handeln. Und da wird es häufig vorkommen, dass er im eigentlichen Sinne erfüllt, aber als Werkzeug[10]) z. B. seines Gewalthabers, so dass juristisch dieser selbst die geschuldete Leistung vornimmt,[11]) indem er z. B. seinen wegen Geisteskrankheit entmündigten Sohn den von ihm zu besorgenden Koffer tragen lässt, also auch der Anspruch auf die Gegenleistung erwächst

Es ist insofern also den Motiven durchaus beizupflichten, wenn es heisst:[12]) „Wenn der geschäftsunfähige Schuldner in der von ihm bewirkten Weise verfahren musste, so dass der Gläubiger nur das erhielt, was er zu fordern hatte, so wird die Angelegenheit ohnedies regelmässig als erledigt gelten."

Auch wird sich in manchen Fällen ein Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung in der Weise konstruiren lassen, dass die Bereicherung sich mit dem vereinbarten Entgelt deckt.

Auch spricht es nicht gegen diese Auffassung, dass die Möglichkeit vorliegt, dass jemand nach

10) Nicht als Person, „deren der Schuldner sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient" im Sinne des § 278

11) Ebenso wie strafrechtlich auch derjenige Thäter ist, der sich z. B. eines Unmündigen als Werkzeugs bedient.

12) II, 81.

Abschluss eines Vertrages, der ihn zu einer realen Leistung verpflichtet, geschäftsunfähig wird, also nicht erfüllen kann, trotzdem aber die Leistung, zu der er sich verpflichtet hat, völlig sachgemäss ausführt. Gerade hier werden seine Interessen durch den Anspruch aus §§ 812 ff. BGB. völlig gewahrt. Hat z. B. A. einen Vertrag mit B. geschlossen, durch welchen er sich diesem gegenüber zu Feldarbeiten zu einem gewissen Tagelohn verpflichtet, und wird A dann wegen Geisteskrankheit entmündigt, also geschäftsunfähig (§ 104, No. 3 BGB.), so bleibt der zwischen A. und B. geschlossene Vertrag hiervon unberührt. Führt A. nun die Feldarbeit aus und weigert B. sich, den vereinbarten Lohn zu zahlen, da „Erfüllung" nicht vorliegt, so ist er aus folgenden Gründen zur Zahlung verpflichtet: Es bestand — auch nachdem A. entmündigt war — die Verpflichtung des B. zur Zahlung des Tagelohns gegen Erfüllung seitens des A. A. konnte nicht selbständig erfüllen, hat aber durch seine Arbeit den B. von der Verpflichtung zur Zahlung des vereinbarten Lohnes befreit, die z. B. sofort dann praktisch geworden wäre, wenn der gesetzliche Vertreter des A. sich der Sache annahm. Er hat ihn also von einer Verbindlichkeit befreit, ihm Auslagen erspart; mithin liegt eine Bereicherung des B. in Höhe des vereinbarten Lohnes vor, selbst wenn die Arbeiten für B. vielleicht einen viel geringeren Wert haben.

Damit, dass die Erfüllung auch für den Fall, dass zu ihrer Bewirkung eine thatsächliche Handlung

erforderlich ist, ein Rechtsgeschäft ist, ist durchaus nicht gesagt, dass deshalb auch diese thatsächliche Handlung selber zum Rechtsgeschäft wird:[13]) Die solutio, die darin liegt, dass der fullo als conductor operis vestimentorum lavandorum die geschuldete Leistung, das lavare vornimmt, ist ein Rechtsgeschäft, nicht aber das lavare. Es ist eben scharf zu unterscheiden zwischen der Erfüllung und derjenigen Handlung, welche zur Erreichung des durch die Erfüllung bezweckten Erfolges notwendig ist.

§ 5.

Einer besonderen Untersuchung ist die Frage zu unterziehen, ob die Erfüllung auch dann, wenn sie in einem Unterlassen, d. h in einem non facere oder pati besteht, ein Rechtsgeschäft ist. Wer aus den Worten des § 362, „wenn die geschuldete Leistung bewirkt wird," das Erfordernis des animus solvendi herleitet, muss dies für sämtliche Fälle der Erfüllung gelten lassen. Denn die geschuldete Leistung kann ja auch in einem Unterlassen bestehen, und es ist nicht angängig, zu sagen, dass ein Unterlassen nicht bewirkt werden kann. Der Ausdruck „bewirken" ist des Wortes „Leistung" wegen gewählt, und da die Leistung sowohl positiv wie negativ sein kann,

13) Brinz a. a. O. S. 6 Anm. 5.

sind die nach § 362 notwendigen Erfordernisse auf jede Art der Leistung anwendbar.[1])

Offenbar ist aber gerade bei den negativen Obligationen das Haupterfordernis der eingetretene Erfolg, d. h. es kommt nur darauf an, dass der Schuldner thatsächlich seinen Verpflichtungen zum Nichthun oder Dulden nicht zuwidergehandelt hat, unabhängig davon, ob das Unterlassen mit Rücksicht auf seine Gebundenheit, zur Erreichung anderer Zwecke oder rein zufällig geschah.

Für diese Auffassung spricht deutlich § 330, in welchem es heisst: „Verspricht der Schuldner dem Gläubiger für den Fall, dass er seine Verbindlichkeit nicht oder nicht in gehöriger Weise erfüllt, die Zahlung einer Geldsumme als Strafe, so ist die Strafe verwirkt, wenn er in Verzug kommt. Besteht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen, so tritt die Verwirkung mit der Zuwiderhandlung ein."

Es lässt sich hier folgendermassen deduzieren: Ist für den Fall der Nichterfüllung eine Vertragsstrafe ausbedungen, so verfällt diese in dem Augenblicke, in dem der Schuldner nicht erfüllt, obgleich

1) Kohler a. a. S. 208 bestreitet, dass das Unterlassen eine Leistung ist: . . . Denn dass Unterlassen ist keine Leistung; mit der obligatio non faciendi verpflichte ich mich nicht zu einer Leistung, sondern ich begrenze die Sphäre der mir zulässigen Handlungen, weshalb hier nicht von einer Nichtleistung, sondern nur von einer Übertretung, einer Kontravention, einem Hinaustreten über den konventionell vorgeschriebenen Kreis der zulässigen Handlungen die Rede sein kann." Die herrschende gemeinrechtliche Doktrin sah aber auch in dem Unterlassen eine Leistung; vgl. Windscheid a. a. O. II, 12 Anm. 1a. Dem BGB.

er dazu verpflichtet wäre, und zwar bei positiven Leistungen, wenn er schuldhafterweise nicht erfüllt. Das ist aber auch dann schon der Fall, wenn er dieselbe Leistung bewirkt hat, aber donandi causa. Das tritt am deutlichsten hervor, wenn es sich nicht um die Übereignung einer Speziessache, sondern um vertretbare Sachen, z. B. Geld, handelt. Bei Unterlassungen dagegen ist die Vertragsstrafe erst dann verwirkt, wenn der Verpflichtung zum Nichtthun entgegengehandelt worden ist. Es ist also das Zuwiderhandeln der Nichterfüllung gleichgestellt, mithin wäre danach erfüllt, wenn nicht zuwidergehandelt ist, gleichviel, aus welchem Umstande die Unterlassung geschah.

Nur künstlich und auch nur für einzelne Fälle liesse sich auch bei Unterlassungen an dem rechtsgeschäftlichen Charakter der Erfüllung festhalten, liessen sich auch hier „die allgemeinen Begriffe des Obligationenrechts unverändert zur Anwendung bringen.“ [2]) Man könnte dann davon ausgehen, dass man grundsätzlich in der Erfüllung ein Rechtsgeschäft sieht und nur untersucht, oder ob für gewisse Fälle derselben Ausnahmen bestehen, ob auch, wenn dieselbe in einer Unterlassung besteht, eine auf die Aufhebung eines Rechtsverhältnisses gerichtete Willenserklärung vorliegt.

---

gegenüber lassen sich diese Einwürfe jedenfalls nicht aufrecht erhalten, da nach ausdrücklicher Vorschrift des § 241 die Leistung auch in einem Unterlassen bestehen kann.

2) Wendt a. a O. S. 5. „Man denke etwa an Verzug . . . Erfüllung u. s. w.“

Willenserklärung ist eine Handlung, aus welcher auf das Vorhandensein eines bestimmt gearteten Willens geschlossen werden kann, und Handlung ist nicht nur die bewusst gewollte körperliche Bewegung, sondern auch die bewusst gewollte körperliche Nichtbewegung.[3])

Nun liesse sich sagen: Eine solche liegt bei den Verpflichtungen zu einem Unterlassen vor. Man muss sich nur gegenwärtig halten, unter welchen Umständen ein derartiger Vertrag abgeschlossen wird. Regelmässig doch nur, wenn aus einem vorangegangenen Thun oder aus Worten oder Thaten die Absicht hervorgeht, für die Zukunft eine der Unterlassung entgegengerichtete Thätigkeit zu entfalten Verpflichtet man sich also z. B, eine bisher ausgeübte Thätigkeit, z. B. Klavierspiel, einen Monat lang nicht vorzunehmen, so ist naturgemäss in der ersten Zeit wenigstens eine Willensbestimmung des Verpflichteten notwendig, um von der bisher gewohnten Thätigkeit abzustehen. Daran wird dadurch nichts geändert, „dase späterhin einzelne Glieder des Verhaltens infolge wiederholter Übung automatisch vollzogen werden.“ [4]) Dadurch wird dem Ganzen der Charakter des Willkürlichen nicht genommen. Man muss sich eben hüten, die in der Verpflichtung zum Unterlassen begründete Gebundenheit, eine bestimmte positive Handlung nicht vorzunehmen, als eine Summe

3) Dernburg Pand. I, 180; Windscheid a. a. O. S. II, S. 12, Anm. 1a; Zitelmann, Irrtum etc. S. 260; Gareis a. a. O. S. 106.
4) v. Liszt S. 102 a. a. O.

von unendlich vielen Einzelhandlungen aufzufassen, so dass thatsächlich unendlich viele Schuldverhältnisse entstehen, die in jedem Augenblick erlöschen, — sondern die Verpflichtung zu einem Unterlassen ist eine einheitliche, so dass es genügt, wenn auch nur in einzelnen Augenblicken die körperliche Nichtbewegung bewusst gewollt ist. Nur wenn man das Unterlassen in eine Reihe von Einzelmomenten zerlegt, kommt man dazu, dass der Verpflichtete ja nicht einmal schlafen darf, da sonst von einer bewusst gewollten Nichtbewegung keine Rede sein kann. „Willenszucht zu üben, ist nicht die Aufgabe der Gesetzgebung“,[5]) ist eine zweifellos richtige Forderung, der man nicht zuwiderhandelt, wenn man die Unterlassung als einheitliche Handlung auffasst.

Doch selbst wenn die Unterlassung bewusst gewollt ist, braucht sie doch noch nicht zum Zwecke der Erfüllung geschehen zu sein. Es scheint im Gegenteil, dass es nur auf das Nichtzuwiderhandeln ankommt, um die Erfüllung herbeizuführen.

Um auch hier die Willensrichtung auf den Untergang des Schuldverhältnisses aufrecht erhalten zu können, wie sie ja nach gegnerischer Meinung § 362 stets erfordert, könnte man etwa ausführen:

Ebensowenig wie es erforderlich ist, dass der Tagelöhner, der Fabrikarbeiter, der das ganze Jahr hindurch in der Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeiten begriffen ist, nun fortwährend bei jedem Spatenstich und bei jedem Hammerschlag

5) Thon, a. a. O. S. 200.

das Bewusstsein hat, dass er jetzt ein Schuldverhältnis erfülle, ebensowenig thut der Schuldner Unrecht, wenn er „zeitweise die Selbstbestimmung zum Unterlassen“ vergisst. Es ist vielmehr auch hier das Unterlassen des Schuldners als eine einheitliche Handlung aufzufassen und es genügt, wenn er auch nur vorübergehend und auch nicht deutlich ausgeprägt die Vorstellung hat, dass er damit einer Pflicht genügt.

Hat der Schuldner überhaupt beim Unterlassen das Bewusstsein, dass er vorsätzlich nicht zuwiderhandelt, so ist ohne Weiteres auch anzunehmen, dass er damit auch unterlässt, um seiner Verbindlichkeit nachzukommen.

Nun aber ist es möglich, und für diese Fälle gerade bereitet die Erklärung der auf ein bestimmtes Ziel gerichteten Absicht Schwierigkeit, dass man bei gegebener Gelegenheit jederzeit bereit wäre seine obligatorische Pflicht zu verletzen, dass man eingestandenermassen sogar nach einer solchen Gelegenheit sucht und nur deswegen unterlässt, weil sich der günstige Moment der Kontravention nicht fand. Man wird auch in diesen Fällen nicht anstehen dürfen, von Erfüllung zu reden und dem Unterlassungsschuldner die etwa versprochene Gegenleistung zuzusprechen.

Wie lässt sich hiermit das Erfordernis der Willensrichtung verneinen? Es hat z. B. A. mit B. den obligatorisch wirksamen Vertrag geschlossen, durch den B. sich verpflichtet, drei Jahre lang sein

Grundstück nicht zu veräussern (§ 137). Als Entschädigung soll B. von A. die Summe von 1900 Mark erhalten. Sofort nach Abschluss des Vertrages tritt B. mit Grundstücksmaklern in Unterhandlung und scheut keine Mühe, um ungeachtet des Vertrages sein Haus zu verkaufen. Die Verhandlungen scheitern aber stets an dem von ihm zu hoch gestellten Kaufpreis, so dass nach Ablauf der vereinbarten Zeit das Haus thatsächlich noch unverkauft ist. B. verlangt nun von A. die Zahlung der 1000 Mark. Es liesse sich nun sagen: Damit, dass er dies thut, erkennt er an, dass das Schuldverhältnis zwischen A. und ihm bestand. Es ist also vorhanden, einmal die Erreichung des von der Obligation gewollten Zweckes, zweitens die Anerkennung der Schuld seitens des Schuldners.

Mit diesem Anerkenntnis giebt B. jedenfalls zu, dass, wenn er auch in erster Linie sein Haus dem Vertrag entgegen, verkaufen wollte, er sekundär doch die Absicht hatte, falls er mit dem vertragswidrigen Verkauf den erhofften grösseren Gewinn nicht einheimsen konnte, an seiner Stelle mit dem vertragsmässigen Unterlassen den kleineren Vorteil zu erwerben, er also — wenn auch nur in zweiter Linie — unterliess, um zu erfüllen.[6]) Es genügt aber vollkommen, dass bei einem Rechtsgeschäft die Willensrichtung auf einen bestimmten rechtlichen

6) Ob in gewissen Fällen gegen den Unterlassungsschuldner ein exceptio doli durchgreift, kommt für die Zwecke der Untersuchung nicht in betracht.

Erfolg erst in zweiter Linie vorhanden ist. Wenn A. mit B. einen Vertrag geschlossen hat, um ihm sein Holz zu zerkleinern und vertragsbrüchig werden will, schliesslich aber die Handlung doch vornimmt, weil sein Arzt ihm Holzhauen verordnet hat, so hat er zweifellos erfüllt, wenn auch in erster Linie nicht die Erfüllung es ist, um deren Willen er handelt, sondern seine Gesundheit.

Ebenso liegt es bei den Verpflichtungen zum Unterlassen, und es macht daher auch keinen Unterschied, wenn B. die 1000 Mark schon bei Beginn der drei Jahre erhalten hat. Denn er muss sich bewusst sein, dass er bei dem Verkauf seines Hauses das empfangene Geld wieder zurückgeben muss, es wird also auch hier in zweiter Linie sein Wille darauf gerichtet sein, dass er das empfangene Geld behalten kann, mithin auf Erfüllung seiner Verbindlichkeit.

Ähnlich ist es in dem Falle der kaufmännischen Konkurrenzklausel. Hier wird regelmässig für den Fall der Zuwiderhandlung eine Vertragsstrafe festgesetzt, deren Höhe derartig bemessen wird, dass ihre Verwirkung dem Verpflichteten als entschiedener Hemmungsgrund erscheint.

Hat der Handlungsgehülfe A. mit seinem Chef B. einen derartigen Vertrag abgeschlossen und bemüht er sich trotzdem sich selbstständig zu machen, ohne dass seine Absicht zur Ausführung gelangt, so tritt gerade in diesem Falle besonders deutlich hervor, wie sehr sein Unterlassen durch seine Verpflichtung bestimmt wurde.

Will er nämlich ein neues Geschäft begründen oder ein bestehendes kaufen, so führt er diese Absicht selbstverständlich nur dann aus, wenn ihm dessen Rentabilität einigermassen gesichert erscheint. Hierbei wird er zunächst die allgemein wirtschaftlichen Grundlagen, den Erwerbs- resp. Errichtungspreis in Betracht ziehen. Dann wird er aber als ersten Passivposten die eventuell verwirkte Vertragsstrafe ansetzen und danach berechnen, ob trotzdem das Geschäft sich rentieren wird.

Also gerade auf seinen Entschluss dem Unternehmen nicht näher zu treten, wird der Gedanke an seine Verpflichtung einen wesentlichen Einfluss ausüben, er wird also unterlassen, um die Verbindlichkeit zu erfüllen.

Diesen Ausführungen lässt sich entgegenhalten: Es soll nicht geleugnet werden, dass es eben nicht unmöglich ist, für gewisse Fälle des Unterlassens eine Handlung und einen animus solvendi zu konstruieren — aber eben nur für bestimmte, mit Rücksicht auf ihre Verwendbarkeit ausgesuchte Fälle. Ganz ausser Acht gelassen sind dabei diejenigen, sehr zahlreichen Fälle, in denen die Verpflichtung nicht in einem dauernden Unterlassen besteht, sondern in einer einmaligen Unterlassung. Der Kommissionär A. giebt z. B. dem B. 100 Mark, damit dieser an der am 2. Januar des nächsten Jahres stattfindenden Auktion nicht teilnimmt.[7] Am

7) Es bleibt für die Zwecke der Untersuchung unberücksichtigt, dass ein derartiges Abkommen nach manchen parti-

2. Januar verschläft B. die Auktionszeit, trotzdem er die Absicht hatte, seiner Verpflichtung entgegen sich an der Versteigerung zu beteiligen. Soll A. etwa jetzt die 100 Mark kondizieren können? Man wird wohl keinen Augenblick anstehen, diese Frage zu verneinen, und doch kann hier von einem animus solvendi keine Rede sein.

Ebenso liegt es aber in zahlreichen Fällen, in denen die Verpflichtung zum Unterlassen eine dauernde ist. A. hat sich z. B. seinem Nachbarn B. gegenüber persönlich verpflichtet, auf die Dauer von zwanzig Jahren auf seinem Grundstücke keine mehr als einen Meter hohe Mauer zu errichten und hat hierfür von B. die Summe von 1000 Mark erhalten. Am Tage nach Abschluss des Vertrages stirbt A. Seine Erben haben von dem Vertrage keine Kenntnis, errichten aber aus anderen Gründen keine vertragswidrige Mauer. Soll hier B. von den Erben nach Ablauf von zwanzig Jahren das Geld zurückfordern dürfen? Man kann auch nicht einwenden, dass die Verpflichtung zum Unterlassen als höchstpersönliche mit dem Tode des A. untergeht. Thatsächlich ist in all diesen Fällen von einer höchstpersönlichen Verpflichtung gar keine Rede: A. verpflichtet sich nicht etwas nicht zu thun, sondern dass etwas nicht geschieht,[8] ganz gleichgiltig von wessen Seite eine Kontravention zu be-

kulären Gesetzgebungen (z. B. der preussischen) unter Strafe gestellt und eventuell nach § 138 BGB. nichtig ist.

8) Thon a. a. O. S 201 Anm. 120.

fürchten, ob überhaupt eine solche zu befürchten, ja ob sie überhaupt möglich ist. Einzig und allein das objektive Zuwiderhandeln kommt in Betracht.

Es ist also grundsätzlich bei den auf ein Unterlassen gerichteten Obligationen die Erfüllung ein rein thatsächlicher Zustand. Und daran kann dadurch nichts geändert werden, dass sich für vereinzelte Fälle künstlich eine auf ein bestimmtes Ziel gerichtete Handlung konstruieren lässt.

Gegen die Auffassung der negativen Erfüllung als Rechtsgeschäft scheinen sich auch Stammlers[9]) Ausführungen zu richten. Nach ihm tritt in diesen Fällen der Untergang des Schuldverhältnisses nicht in Folge der Rechtsordnung deshalb ein, weil er gewollt ist, sondern das Schuldverhältnis erlischt „mit dem Erreichen des auflösenden Termins, ganz gleichgiltig, ob die nach ihm vorzunehmende negative Leistung wirklich vorgenommen ist oder nicht." Das dauernde Unterlassen kann als vollständige Leistung dazukommen, ist aber dann „zufällig und an sich unnötig."

Ist auch dem Resultat dieser Ausführungen beizupflichten, so ist die Begründung doch zu bekämpfen. Denn das Schuldverhältnis kann aus verschiedenen Gründen erlöschen, in Folge der Erfüllung und in Folge anderer Umstände. Erfüllt ist aber erst, wenn die vertraglich ausgeschlossene Leistung endgiltig nicht vorgenommen ist Dies ist der Fall mit Ablauf der vereinbarten Zeit,

9) a. a. O. S. 217.

die hier als äusserliches Moment der Bestimmung des Umfanges der Verpflichtung hinzutritt.

Wenn auch ohne Erfüllung mit dem Zeitablauf das Schuldverhältnis erloschen ist, so liegt dies nicht an dem Eintritt eines gewissen dies ad quem sondern an der Unmöglichkeit der Leistung.

§ 6.

Die Untersuchung wendet sich jetzt der Frage zu, ob die Erfüllung in gewissen Fällen Vertragscharakter hat, wie vielfach behauptet wird. Auszuscheiden sind all die Fälle, in denen der Schuldner ohne Mitwirken des Gläubigers erfüllen kann.

Es bleiben also nur diejenigen übrig, in denen unter den gesetzlich fixierten Voraussetzungen von einem Annahmeverzug, von mora creditoris die Rede sein kann (§§ 293 ff.). Hier ist wieder zweierlei möglich: entweder die Mitwirkung des Gläubigers ist eine thatsächliche, z. B. wenn es sich um die Leistung von Diensten handelt, die entsprechend den Anweisungen des Gläubigers geleistet werden sollen, oder sie ist eine rechtsgeschäftliche, so bei dem praktisch wichtigsten Fall, der Zahlung.[1]

Nur für den Fall der rechtsgeschäftlichen Mitwirkung des Gläubigers kann von einer Vertragsnatur der Erfüllung die Rede sein.

1) Über die Mitwirkung des Gläubigers s. Schingnitz a. a. O. S. 3. ff.

Es muss von vornherein darauf hingewiesen werden, dass es im römischen Recht eine Quellenstelle, auf die die Lehre vom Erfüllungsvertrage sich stützen könnte, nicht giebt, und diese nur auf dem Wesen der Erfüllung basiert.

Ebensowenig giebt das BGB. direkt einen Hinweis für die Richtigkeit dieser Lehre — ob mittelbar aus ihm Beweise für die Vertragstheorie herzuleiten sind, ist später zu untersuchen. In dem § 305, der das Vertragserfordernis aufstellt, ist die Rede nur von der Notwendigkeit eines Vertrags „zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft, sowie zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses."

Es ist vor allem davon abzusehen, dass in vielen Fällen zur Erzeugung des Rechtseffekts, der obligationsmässig hergestellt werden soll, ein Vertrag erforderlich ist (z. B. die Tradition). Wie wenig diese beiden Momente sich decken, zeigt ein Vertrag zu Gunsten eines Dritten: A. schliesst mit B. einen Vertrag, demzufolge B. dem C. ein Geschenk von 100 Mark machen soll. Der Vertrag zwischen A. und B. wird erfüllt, wenn B. seiner Verpflichtung nachkommt, d. h. dem C. das Geld in der Form der Tradition, also eines Vertrages, übereignet. Trotzdem also hier durch einen Vertrag erfüllt wird, ist doch nach keiner Ansicht die Erfüllung selber ein Vertrag.

Gemeinrechtlich wurde zwar fast allgemein die Vertragsnatur behauptet, häufig jedoch wie eine ge-

gebene Thatsache als selbstverständlich angenommen, sodass der Versuch einer Begründung garnicht gemacht wurde.

Soweit man die Vertragsnatur der Erfüllung zu begründen suchte, ging man von folgenden Erwägungen aus, die auch in der Litteratur über das BGB. wiederkehren.

Es genügt in all den Fällen, in denen die Erfüllung sich nur durch Vertrag zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger vollziehen kann, z. B. bei der Zahlung nicht, dass der dingliche Vertrag über den Eigentumsübergang zu Stande kommt, sondern in diesen Fällen muss auch der Gläubiger damit einverstanden sein, dass die Leistung zum Zwecke der Erfüllung geschieht, d. h. es muss ein Erfüllungsvertrag zwischen Gläubiger und Schuldner geschlossen werden.

Hier ist schon, wie Stammler[2]) bemerkt, auffällig, zu welch grosser Zahl von Vertragsschlüssen man damit bei der Mehrzahl aller Schuldverhältnisse kommt — eine Bemerkung, deren Richtigkeit nicht widerlegt worden ist.[3])

Es soll mit der Annahme der Vertragsnatur nach einer Ansicht[4]) dem Gläubiger die Möglichkeit gegeben werden, sich darüber zu entscheiden, ob er die ihm als Erfüllung angebotene Leistung annehmen und so das Schuldverhältnis zum Erlöschen bringen

2) a. a. O. S. 221 Anm. 3.
3) Endemann a. a. O. S. 795 Anm. 8.
4) Planck a. a. O. S. 141.

will. Aus Gründen der Billigkeit soll der Gläubiger dieser Möglichkeit nicht beraubt werden.

Mir scheinen grössere Erwägungen der Billigkeit dafür zu sprechen, dass der Schuldner, der im Vertrauen darauf leistet, jetzt von seiner Schuld befreit zu sein, nicht dadurch in Schaden kommt, dass der Gläubiger aus irgend welchen Gründen die Leistung z. B. als Schenkung annehmen will.

Denn er hat alles, was er thun musste, gethan der Gläubiger das, was er zu fordern hatte, von ihm erhalten. Macht er nun aus falschen Motiven einen unwirtschaftlichen Gebrauch von der erhaltenen Leistung, so wäre es unbillig, den Schuldner hierfür büssen zu lassen.

Jedenfalls sind die Bedenken zu Gunsten des Schuldners mindestens ebenso stark wie die für den Gläubiger. Diese allgemeinen Erwägungen dürften zur Verteidigung der Vertragsnatur nicht genügen.

Es werden daher Gesetzesbestimmungen angeführt, um die hier bekämpfte Ansicht zu halten.

So soll man, wenn man den Vertragscharakter leugnet und nicht eine auf den rechtlichen Erfolg gerichtete Willenserklärung annimmt, sondern rein thatsächliche Mitwirkung, nicht erklären können, warum nicht auch durch Annahme der Zahlung seitens des Minderjährigen die Forderung aufgehoben wird.[5])

Hieran ist unrichtig, dass die Gegner der Vertragstheorie nur eine rein thatsächliche Mit-

5) Matthiass a. a. O. S. 374.

wirkung des Gläubigers annehmen. Im Gegenteil, auch sie sehen z. B. in der „Annahme" der Zahlung die rechtsgeschäftliche Mitwirkung des Gläubigers zum Zustandekommen des abstrakten Traditionsvertrages, und eben weil sie hierin eine „Willenserklärung" erblicken, „durch die der Minderjährige nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt", da ja durch den Leistungsakt, die Erfüllung, das Schuldverhältnis erlischt, der Gläubiger mithin sein Forderungsrecht verliert, deshalb verlangen auch sie die Genehmigung des Vormundes zu diesem Vertrage. Ob man Anhänger, ob Gegner der Vertragstheorie ist, für die Beurteilung des Falles, dass der Gläubiger, welchem durch dinglichen Vertrag ein Recht zum Zwecke der Befriedigung eines ihm zustehenden Anspruchs übertragen wird, minderjährig ist, ist dies völlig bedeutungslos.[6])

Ebenso beweisst es nichts für den Vertragscharakter der Erfüllung, wenn behauptet wird, dass die unter Umständen notwendige Mitwirkung des Gläubigers einen rechtsgeschäftlichen Charakter hat.[7])

Diesen hat sie eben in dem Sinne der Annahme des Antrags auf Übereignung, nicht in dem der Annahme des Erfüllungsantrags. Wie wenig berechtigt die letztere Ansicht ist, zeigt der von Endemann als Beweis für die „Annahme als Erfüllung" angeführte § 516 Abs. 2. Es heisst dort: „Ist die Zuwendung ohne den Willen des Anderen

6) Planck a. a. O. S. 141.
7) Endemann a. a. O. S. 795 Anm. 8.

erfolgt, so kann ihn der Zuwendende unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung über die Annahme auffordern. Nach dem Ablauf der Frist gilt die Schenkung als angenommen." Es kann sich hier unmöglich um die Annahme eines Erfüllungsvertrages handeln. Damit erfüllt werden kann, muss vorher ein Schuldverhältnis vorhanden gewesen sein, dessen Erfüllung beabsichtigt wird, gerade das fehlt aber im § 516 Abs. 2. Denn hier ist eine Vermögensverschiebung erfolgt, ohne dass unter den Parteien Einigkeit über die ihr zu Grunde liegende causa herrscht. Um diese zu erzielen, fordert der eine Teil, der domandi causa die Veränderung vornahm, den anderen auf, sich über Annahme oder Ablehnung seines auf Abschluss eines Schenkungsvertrages gerichteten Antrages zu äussern, und um Annahme dieses Antrages, durch die die Schenkung erst perfekt werden soll, handelt es sich, nicht um Annahme als Erfüllung.

Ebensowenig hat „Annahme einer geschuldeten Leistung" im § 1813, die durch § 1812 allerdings als rechtsgeschäftliche Verfügung gekennzeichnet wird, die ihr von Endemann beigelegte Bedeutung. Vielmehr bedeudet Annahme auch hier nur die rechtsgeschäftliche Mitwirkung des Gläubigers bei der Tradition.

Der Vormund bedarf gründsätzlich der Genehmigung des Gegenvormunds bei der Annahme einer geschuldeten Leistung. Der Zweck dieser Bestimmung ist der, dem Gegenvormund eine

Kontrolle über die Neuanlage des Geldes zu geben. Hierfür genügt seine Genehmigung zum Eigentumsübergang. Doch abgesehen davon ist zu bemerken:

Wird der Schuldner zur Zahlung verurteilt und nimmt die geschuldete Leistung nicht vor, so wird gemäss den Vorschriften der CPO. im Wege der Zwangsvollstreckung gegen ihn vorgegangen.

Nimmt der Gerichtsvollzieher ihm nun gepfändetes Geld weg (CPO. § 815 Abs. 3) oder nimmt er den Versteigerungserlös für andere gefändete Sachen in Empfang (CPO. § 819), so gilt dies als Zahlung seitens des Schuldners an den, zu dessen Gunsten die Zwangsvollstreckung vorgenommen wurde, hier also für den Mündel. Selbstverständlich braucht der Gerichtsvollzieher nicht die Genehmigung des Gegenvormunds, ebensowenig ist die Wirksamkeit seiner Handlungen dem Schuldner gegenüber davon abhängig, dass der Vormund eine Genehmigung seitens des Gegenvormunds dazu braucht.

Das Schuldverhältnis ist jetzt erfüllt. Trotzdem muss der Vormund die Genehmigung des Gegenvormunds haben, um das Geld in Empfang zu nehmen, um es „anzunehmen", wenn der Gerichtsvollzieher es ihm übereignet. Ebenso kann dieser eine freiwillige Leistung des Schuldners ohne Genehmigung des Gegenvormunds in Empfang nehmen. Er ist es also, der, um im Sinne Endemanns zu sprechen, das Geld als Erfüllung annimmt, und trotzdem bedarf der Vormund zur „Annahme" der

Genehmigung des Gegenvormunds. Hieraus geht deutlich hervor, dass „Annahme der Leistung" nichts anderes bedeutet als Annahme des auf Eigentumsübergangs gerichteten Vertrages, nicht aber als Erfüllung.

Auch § 363 lässt sich nicht zu Gunsten der Vertragstheorie verwerten. Es heisst hier: „Hat der Gläubiger eine ihm als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung angenommen, so trifft ihn die Beweislast, wenn er die Leistung deshalb nicht als Erfüllung gelten lassen will, weil sie eine andere als die geschuldete Leistung oder weil sie unvollständig war."

§ 363 behandelt also den Fall, dass unter gewissen Umständen nicht der Schuldner zu beweisen hat, wenn er sich auf das Erlöschen des Schuldverhältnisses durch Erfüllung beruft, dass er die geschuldete Leistung in vorschriftsmässiger Weise bewirkt hat, [8]) sondern umgekehrt der Gläubiger zu beweisen hat, dass die ihm als Erfüllung angebotene Leistung in Wirklichkeit nicht den zu fordernden Voraussetzungen entsprach, dass also Erfüllung thatsächlich garnicht vorlag. Diese Umkehrung der Beweislast tritt in dem Falle ein, wenn der Gläubiger die Leistung als Erfüllung angenommen hat.

Es wird dieser Fall der Annahme als Erfüllung vom Gesetzgeber also ausdrücklich als Ausnahme betrachtet, die dann nicht besonders zu statuieren

8) Planck a. a. O. S. 142.

wäre, wenn stets eine Annahme des Gläubigers in diesem Sinne verlangt würde.

Es ist also unrichtig, wenn Endemann[9]) behauptet, dass in der Annahme stets die Annahme als Erfüllung liegt.

Dass weder nach römischem Recht, noch nach BGB. die Erfüllung Vertragscharakter hat, beweist die Regelung des Falles, dass der Schuldner aus mehreren Schuldverhältnissen zu gleichartigen Leistungen verpflichtet ist und das von ihm Geleistete nicht zur Tilgung sämtlicher Schulden ausreicht. Im gemeinen Recht war es für diesen Fall streitig, welche Schuld getilgt sein soll, ob die einseitige Bestimmung des Schuldners massgebend und für den Gläubiger verbindlich ist oder ob es einer vertraglichen Einigung von Schuldner und Gläubiger bedarf.

Während Dernburg[10]) mit der herrschenden Meinung erstere Ansicht vertritt, wird die andere von Windscheid[11] verteidigt. Aus den Quellen geht unzweideutig hervor, und insoweit besteht auch in der Litteratur Einigkeit, dass jedenfalls dem Schuldner das Bestimmungsrecht über die Art der Anrechnung zusteht. Es kommen vor Allem in Betracht:

l. 1 D. h. t. 46,3: quoties quis debitor ex pluribus causis unum debitum solvit, est in arbitrio

9) a. a. O. S. 795 Anm. 7 u. 8.
10) Pand. II, 156.
11) a. a. O. § 343, insbes. Anm. 2b.

solventis dicere, quod potius debitum voluerit solutum, et quod dixerit, id erit solutum: possumus enim certam legem dicere ei quod solvimus.

l. 101, 1 D. h. t. 46,3: Paulus respondit . . . . . cum debitor solvit pecuniam, in potestate eius esse commemorare in quam causam solveret.

l. 1 C. de sol. et lib. 8,43; In potestate eius est qui ex pluribus contractibus pecuniam debet tempore solutionis exprimere, in quam causam reddat.

Aus diesen Stellen geht deutlich hervor, dass in erster Linie der Schuldner darüber zu entscheiden hat, welches Schuldverhältnis er getilgt wissen will. Jedoch soll nach Windscheid[12]) diese Wirkung nur dann eintreten, wenn der Gläubiger dieser Bestimmung bei der Annahme keinen Widerspruch entgegensetzt. In den Quellen wird eine Willenseinigung hierüber nicht verlangt. Nach Windscheid ist sie deshalb notwendig, weil auch „Consens der Parteien darüber erforderlich ist, dass das Gegebene und Empfangene (die durch Geben und Empfangen bewirkte Vermögensvermehrung) überhaupt zum Zweck der Tilgung eines Forderungsrechts, und nicht zu irgend einem anderen Zwecke dienen soll."

Deshalb also, weil die Erfüllung Vortragscharakter hat, soll die Zustimmung des Gläubigers zu der von dem Schuldner getroffenen Bestimmung notwendig sein.

12) a. a. O. S. 398. Anm. 20.

Geht man mit Windscheid von dieser Voraussetzung aus, so wird man allerdings notgedrungen zu demselben Ergebnisse kommen müssen wie er und Einigung nicht nur über die Bestimmung der Leistung als Erfüllung, sondern auch über deren Anrechnung auf eine bestimmte Forderung verlangen.

Prüft man aber unabhängig hiervon die zitierten Stellen, so wird man mit Dernburg[13] zu den Ergebnis gelangen, dass mit der Vollziehung des Eigentumsübergangs das (Zahlungs-) Geschäft in der Richtung durchgeführt ist, die der Schuldner ihm gegeben hat.

Dementsprechend heisst es in l. 2 D h. t. 46,3: . . . . . dum in re agenda hoc fiat, ut vel creditori liberum sit non accipere vel debitori non dare, si alio nomine exsolutum quis eorum velit.

Ist aber die einseitige Bestimmung des Schuldners massgebend für die Durchführung der Erfüllung, so folgt daraus, dass die einseitige Bestimmung des Schuldnes auch genügt für die Erfüllung überhaupt, dass also nicht ein dementsprechender Wille auf Seiten des Gläubigers vorhanden zu sein braucht, dass also die Zahlung keinen Vertragscharakter hat.

Um trotzdem an ihm festhalten zu können, ging man von folgenden Erwägungen aus:[14]

13) a. a. O. S 156 insbesondere Anm. 24.
14) Henrici a. a. O. S. 491 ff; Struckmann a. a. O. S. 254 ff.

Der Schuldner macht dem Gläubiger ein Vertragsangebot, demzufolge er einmal seinen Willen erklärt, erfüllen zu wollen, dann aber gleichzeitig, welche von den mehreren Forderungen getilgt werden sollen. Demgegenüber hat der Gläubiger die Möglichkeit, zwei verschiedene Massregeln zu ergreifen. Er kann entweder den Antrag des Schuldners so, wie er ihn gestellt hat, ablehnen oder ihn ebenso annehnen, indem er also gleichzeitig sein Einverständnis damit erklärt, dass die Leistung zur Erfüllung dient und dass sie angerechnet werden soll auf die von dem Schuldner bezeichnete Forderung.

Unmöglich aber ist es, dass er den Antrag teilweise annimmt und insoweit einen Vertrag zu Stande bringt, als es sich um die Bestimmung der Leistung als Erfüllung handelt, einen wesentlichen Teil der Offerte aber, nämlich den betreffend die zu erfüllende Forderung, ablehnt. Hierin kann — um mit den Bestimmungen des BGB. § 150 Abs. 2 zu reden — eine Ablehnung verbunden mit einem neuen Antrage gesehen werden.

Erklärt der Gläubiger sich auf die Bestimmung des Schuldners nicht, so hat er damit stillschweigend sein Einverständnis mit ihm zu erkennen gegeben. Nimmt er aber die angebotene Leistung an und erklärt, sie auf eine andere als die vom Schuldner bestimmte Forderung annehmen zu wollen, so setzt er sich durch diese Erklärung in Widerspruch zu

seiner Handlung, nimmt also eine rechtlich bedeutungslose protestatio facto contraria vor.

Diese Ausführungen haben auf den ersten Blick viel für sich. Trotzdem ist mit ihrer Hülfe eine Vereinigung zwischen dem Recht des Schuldners, durch einseitigen Willensakt die Tilgung einer bestimmten Forderung durchzuführen, und der Lehre vom Erfüllungsvertrag nicht zu erreichen. Selbstverständlich ist es möglich, dass der Gläubiger — um mit den Anhängern der Vertragstheorie zu sprechen — den Erfüllungsvertrag ablehnt und so die Erfüllung verhindert, richtiger, dass er die Erfüllung vereitelt, indem er die zum Zustandekommen des Erfüllungsakts seinerseits erforderliche Mitwirkung verweigert.

Insoweit jedenfalls ist die Anwendung der Vertragstheorie auf das Bestimmungsrecht des Schuldners ohne Bedenken. Anders aber liegt der Fall, wenn der Gläubiger die Leistung annimmt unter der Erklärung, sie auf eine andere als die vom Schuldner bezeichnete Forderung annehmen zu wollen. Auch dann wird trotz dieser Erklärung des Gläubigers die vom Schuldner bezeichnete Forderung erfüllt, denn die widersprechende Erklärung des Gläubigers ist wirkungslos als facto contraria, d. h. aus seinem Handeln ging ein seinen Worten widersprechender Wille hervor, der als realer dem nur verbalen gegenüber zu beachten ist.

Damit ist aber bereits wieder eine Willenserklärung des Gläubigers gerichtet auf das konkrete

Ziel der Zahlung erforderlich, die zusammenstimmt mit einer entsprechenden des Schuldners, d. h. wir sind also wieder bei der Willenseinigung, dem Vertrag über die Bestimmung der Leistung angelangt.

Folgerichtig kann man also nur entweder erklären: Das Bestimmungsrecht steht einseitig dem Schuldner zu, folglich ist auch die Erfüllung als solche ein einseitiger Akt; oder es ist erforderlich zur wirksamen Bestimmung der zu tilgenden Forderung ein Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner: Damit ist auch die Erfüllung als solche Vertrag. Diese beiden Möglichkeiten erkennt auch Windscheid als allein berechtigt an; nur geht er umgekehrt von der als feststehend betrachteten Voraussetzung aus, dass die Erfüllung Vertrag sei, und verlangt dann folgerichtig auch für die Bestimmung der Anrechnung einen solchen, während thatsächlich ein derartiges Erfordernis nirgends aufgestellt ist und man daher zu dem entgegengesetzten Ergebnis gelangen muss.[15]) Dass diese Forderung eine zwingende ist, wird nach den Bestimmungen des BGB. auch von den Anhängern der Vertragstheorie zugestanden. Denn das BGB. regelt diesen Fall in § 366.[16]) „Ist der Schuldner dem Gläubiger aus

15) Auch Kipp hält einen Widerspruch des die Leistung annehmenden Gläubigers gegen die Bestimmung des Schuldners für wirkungslos; vgl. Windscheid a. a. O. II, S. 401.

16) Nach ALR. I, 16 § 150, 151 kommt ausschliesslich die vertragliche Einigung zwischen Gläubiger und Schuldner in Betracht § 150: „Ist der Zahlende dem Empfänger aus mehreren Forderungen verhaftet, so muss hauptsächlich nach dem Über-

mehreren Schuldverhältnissen zu gleichartigen Leistungen verpflichtet, und reicht das von ihm Geleistete nicht zur Tilgung sämtlicher Schulden aus, so wird diejenige Schuld getilgt, welche er bei der Leistung bestimmt."

Dennoch soll man nach Ansicht einiger Schriftsteller hieraus die von ihnen selbst als logisch anerkannte Forderung nicht ziehen dürfen: „es sind Nützlichkeitserwägungen massgebend, aus denen keine weiteren Schlüsse gezogen werden dürfen."[17])

Hierbei stützen sie sich anscheinend auf die Motive:[18]) „. . . . . wofür . . . . . vorwiegend praktische Erwägungen massgebend waren."

Aber abgesehen davon, dass die Motive damit durchaus kein Verbot einer Verallgemeinerung aussprechen — aus dem Gesetze folgt ein solches durchaus nicht und man kann auch hier nur zu dem Schlusse gelangen: die positive Bestimmung des § 366 ist mit der Vertragsnatur der Erfüllung unvereinbar.

Auch damit wird diese Ansicht nicht gestützt, wenn man ausführt, dass der „Erklärung des Schuldners hinsichtlich der zu tilgenden Forderung

---

einkommen der Parteien beurteilt werden, auf welche der schuldigen Posten die geleistete Zahlung anzurechnen sei."

17) Endemann a. a. O S. 803 Anm. 45; ebenso Planck a. a. O. S. 141: „Es handelt sich hierbei um einen besonderen Fall, aus dessen Regelung man nicht auf ein allgemeines Prinzip schliessen darf."

18) II, S. 86.

eine überwiegende Bedeutung" beigelegt wird.[19]) Bei einem Vertrage kann von einer überwiegenden Bedeutung des einen oder des anderen Teils keine Rede sein. Es ist erforderlich Willenseinigung und es treten die beiden Willen als vollkommen gleichberechtigt einander gegenüber.[20])

Auch scheint es dem Wesen der Obligation zu widersprechen, wenn man annimmt, dass sie bestimmungsgemäss nur durch einen Vertrag erlöschen könne. Durch das Schuldverhältnis erwirbt der Gläubiger das Recht auf eine Leistung. Das Schuldverhältnis hat den Zweck, ihm diese Leistung in bestimmter Weise zu verschaffen. Erhält er sie so, wie sie geschuldet ist, so ist der Zweck der Obligation erreicht, sie geht unter.

Fordert man zum bestimmungsgemässen Untergang der Obligation aber nicht nur eine Handlung des Schuldners zur Erzielung des Erfolges, zu dessen Zustandekommen auch eine Mitwirkung des Gläubigers erforderlich sein kann, sondern einen Erfüllungsvertrag, einen Vertrag darüber, dass durch die bewirkte Leistung erfüllt sein soll, so ist damit gesagt, dass der Gläubiger ein Recht hat auf Abschluss des Erfüllungsvertrages. Normaler Weise

19) Matthiass a. a. O. S. 383.

20) Selbstverständlich bleibt es den Parteien unbenommen, vor der Erfüllung durch Vertrag zu bestimmen, auf welche Forderung angerechnet werden soll, so dass dann der Gläubiger an eine abweichende Bestimmung des Schuldners nicht gebunden ist.

So Motive II, S. 86., Schollmeyer a. a. O. S. 287. Abweichend Planck a. a. O. S. 146 unter 1.

liegt dem Gläubiger nicht daran, dass er berechtigt ist, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern, sondern daran, dass er diese Leistung auch erhält, d. h. durch das Schuldverhältnis verpflichtet der Schuldner sich zum Abschluss eines Erfüllungsvertrages, der dem Schuldvertrag gegenüber als Hauptvertrag aufzufassen ist. Soweit eine Pflicht des Gläubigers besteht, die Erfüllung zu ermöglichen, z. B. beim Kauf (§ 433), wo er die verkaufte Sache abnehmen muss, verbindet er auch sich durch Abschluss des Kaufvertrags, den Erfüllungsvertrag abzuschliessen. Doch genügt es, wenn auch nur die eine Partei die Verpflichtung zum Abschluss des Erfüllungsvertrags übernimmt.

Der Vertrag, der einem anderen Vertrage vorangeht und durch welchen die Verbindlichkeit zum Abschlusse des Hauptvertrags übernommen wird, wird als Vorvertrag bezeichnet [21])

Es würde damit die Möglichkeit vorhanden sein, den auf Begründung des Schuldverhältnisses gerichteten Vertrag dem Erfüllungsvertrag gegenüber als Vorvertrag zu bezeichnen, was mit dem Wesen der Obligation schwer in Einklang zu bringen wäre.

§ 7.

Die Frage, ob die Erfüllung unter Umständen einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft ist,

21) Windscheid a. a. O. S. 250.

kann kurz erledigt werden. Sie ist in der Litteratur meines Wissens niemals aufgeworfen worden.

Man könnte aber bei gewissen Erwägungen vielleicht zu ihrer Bejahung kommen und deshalb soll sie mit wenigen Worten Erledigung finden.

Es liesse sich etwa sagen: In den Fällen, in denen zur Erfüllung eine Mitwirkung des Gläubigers erforderlich ist, kann der Schuldner den Gläubiger in Annahmeverzug bringen, aber niemals selbstständig erfüllen. Er kann die Leistung nur anbieten. Erst dadurch, dass sie in die Vermögenssphäre des Gläubigers gelangt, dass sie ihm zukommt, wird dieses Anerbieten zur Erfüllung. Folglich ist die Erfüllung empfangsbedürftig.

Damit ist aber das Wesen des einseitigen empfangsbedürftigen Rechtsgeschäfts verkannt.

Ihm ist charakteristisch, dass eine Willenserklärung erst damit wirksam wird, dass sie einem Anderen zukommt.

Ob er Kenntnis von ihr erlangt oder nicht, ist gleichgiltig[1]) (§ 130). Es ist also charakteristisch ein rein passives Verhalten des Empfängers. „Das Empfangen der Willenserklärung ist keine Handlung, sondern nur ein sich bei dem Empfangenden von selbst vollziehender Vorgang, der zwar absichtlich gehindert werden kann, der aber doch an sich nichts als Passivität des Empfängers erfordert.“[2]) Damit aber steht die Erfüllung gerade im Widerspruch.

1) Zitelmann: Die Rechtsgeschäfte u. s. w. S. 22 ff.
2) Ebenda S. 23.

Denn bei den hier in Betracht kommenden Fällen ist nicht ein passives Verhalten des Empfängers, sondern eine aktive (sei es thatsächliche, sei es rechtliche) Mitwirkung des Gläubigers erforderlich, durch die das Anbieten der Leistung, die Oblation, die selbst einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft ist, zur Erfüllung wird, und die auch nur des konkreten Zweckes der Erfüllung wegen erforderlich ist.

Es lässt sich auch aus § 366 kein Argument für die Empfangsbedürftigkeit hernehmen.

Zweifellos ist die Anrechnungserklärung empfangsbedürftig. Sie übt aber auf die Natur der Erfüllung ebensowenig einen Einfluss aus, wie etwa der auf Eigentumsübertragung gerichtete Vertrag und ist ein zu ihr gerade wie dieser rein zufällig um eines konkreten Zweckes willen hinzukommendes Moment, das das Wesen der Erfüllung nicht berührt.